JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J.U.D, PP. & Fac. Jur. Adsess.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM

JUXTA

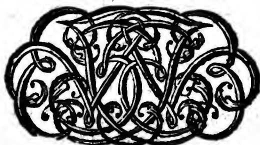
ORDINEM DIGESTORUM ADORNATUS.

PARS II.

Libros à XIV. usque ad XXIIX. complectens.

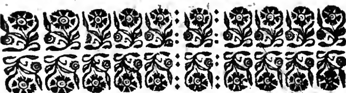
EDITIO III.

Auctior & emendatior.



HALÆ MAGDEBURG.
Sumptibus ORPHANOTROPHEI.

Typis JOANNIS GRUNERI, Acad. Typ.
ANNO MDCCXVII.



Usus Practici Distinctionum Juridicarum

PARS II.

LIBRI XIV. Digestorum TIT. I. & III.

DE EXERCITORIA ET INSTITORIA ACTIONE.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *exercitoriam* & *institoriam*.



Uod objecto differant, quoniam scilicet exercitoria ad maritimam, institoria autem ad terrestrem negotiationem pertinet, illud adeo magnam utilitatem non habet. Verum in eo usus sese exerit non contemnendus, quod *exercitoria* locum habeat contra exercitorem ex facto magistri substituti, quamvis exercitor substitutionem hanc expresse prohibuisset, *l.* 1. §. 5. *ff. de exerc. act.* ubi illud de institoria negatur, ob utilitatem, ut dicitur,

navigantium ita introductum. Sed quæritur: *Si ejusmodi prohibitio a principali non fuerit facta, an tunc principalis ex facto substituti actione institoria teneatur?* de exercitoria enim nullum est dubium. Affirmant quæstionem Lauterbach. *h. t.* item Schilterus & Brunnemannus apud Schœpfferum *in Synops. jur. priv. h. t. n.* 3. sed mihi contrarium verius videtur. Textus enim a Lauterbachio in hanc rem allegati, nihil minus probant, quam quod ex ipsius intentione probare debebant. Videamus. Textus primus est in *l.* 1. §. 5. *de exerc. act.* ubi Ulpianus ita: *Magistrum autem accipimus, non solum, quem exercitor præposuit: sed & eum, quem magister, & hoc consultus Julianus in ignorante exercitore respondit. Ceterum si scit & passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur, quæ setentia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debet præstare, qui eum præposuit: alioquin contrahentes decipientur, & facilius hoc in magistro, quam institore, admittendum propter utilitatem. Quid tamen, si sic magistrum præposuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Juliani sententiam admittimus, videndum est. Finge enim, & nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris; dicendum tamen erit, eousque producendam utilitatem navigantium.* Ego hic nec verba, nec rationem deprehendo, quæ dissentientibus patrocinium præbere possit, & quamvis etiam verba adessent dubiæ interpre-

etationis; ego tamen in tali ambiguitate potius regulæ inhærendum esse putarem, cujus illi substituendi facultas non permittitur, cujus personæ industria electa fuit.

Porro adducitur *l. 5. §. 17. ff. de instit. act.* in qua lege dicitur, *quod heres, qui eodem institore*] *utitur, quem defunctus præposuerat, actione etiam institoria teneatur, licet quis ante aditam hereditatem cum illo institore contraxisset.* Bene. Sed quid hoc ad quæstionem propositam?

Denique provocatur ad *arg. l. 8. §. 3. Mandat.* ubi procuratori extrajudiciali alium substituere permittitur; sed huic legi obstat *l. 15. §. 2. ff. de divers. temp. præscript.* quæ expressis verbis contrarium disponit. Si antinomia concedenda esset, tunc *l. 8. §. 3. Mand.* tanquam a regula ante suppeditata recedens rejici deberet; sed ne alios vocabulo *antinomiæ* irritemus, retinebimus communem conciliationem, quod *d. l.* de eo casu saltem intelligenda sit, *ubi res est minimi præjudicii*, vid. Dion. Gothofr. *ad d. l.* Tholosan. *Syntagm. jur. univ. l. 49. c. 4. num. 6.* Salycetus *ad d. l. 8. §. 3. ff. Mandati*, qui hanc materiam fusius persequitur. Sed hac ratione iterum parum accedet opinioni contrariæ. Nam res mercatorum utplurimum maximi sunt momenti.

Quid ergo manet? hoc scilicet, Magister indistincte substituit, sive hoc ipsi permissum, sive prohibitum fuerit; institor autem nunquam substituit, nisi hoc ipsi expresse permissum, aut res minimum præjudicium involvat.

DISTINCTIO II.

Inter *verum* & *quasi* institorem.

HIc nullam deprehendo utilitatem, præterquam, ut terminos intelligamus. *Verus* institor vocatur, cui omnia; *quasi* institor, cui unum saltem negotium ad mercaturam pertinens est commissum, *v. l.* 13. §. 25. *ff. de act. emt.* Institorum varias species vid. in *l.* 5. §. 1. *seqq. ff. de instit. act.* In effectu autem eodem modo præponens tam ex veri, quam ex quasi institoris contractibus tenetur. Dixi: ex *contractibus.* Nam ut verus, sive quasi institor *delinqueret*, hoc præponens voluisse non censetur. Graviter quidem obstare videtur *l.* 5. §. 6. *ff. de instit. act.* ubi dicitur, quod *libitinarius*, id est, mortuorum sepulturæ præpositus, (vid. Gothofred. *ad cit. l.*) etiam tunc obligetur, si *pollinctor* mortuos spoliaverit. Sed ibi expresse JCtus de *servo* pollinctore loquitur, propter cujus delicta convenitur quidem præponens, sed ex speciali ratione dominii, quæ actio propterea magis est species actionis noxalis, quam institoriæ, vid. Illustr. Dn. Stryk *in not. ad Lauterbach. tit. de instit. act. verb. obstat. lib.* 5.

LIB. XIV. TIT. IV.

De actione tributoria.

DISTINCTIO. I.

Inter actionem tributoriam ex *contractu* & ex *dolo* domini, vel patris orientem.

HAnc distinctionem apud paucissimos deprehendere licuit, plurimi enim, imo omnes fere, unam saltem, eamque actionem tributoriam simplicem agnoscunt, nisi quod B. Brunnemannus *in Comm. ad l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* quorundam mentionem injiciat, qui actionem tributoriam de dolo actioni simplici (quam *in factum* quoque appellare posses) contradistinguant. Interim liquido apparet hæc distinctio ex textibus iuris. Primo provoco ad §. 3. *J. quod cum eo*, ubi ita dicitur: *Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit: ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, & ceteros creditores pro rata portione distribuatur: & ideo tributoria vocatur.* Hactenus de actione tributoria ad *suscipiendam* distributionem mercis peculiaris, quæ est ex contractu. Pergit porro Imperator: *Nam si quis ex creditoribus*

bus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem adcommodat, quae tributoria appellatur. Habes actionem tributoriam ex delicto, quae ad *corrigendam* iniquam distributionem mercis peculiaris competit. Deinde addi quoque possunt *l.* 1. §. 3. & *l.* 7. §. 2. & 3. *ff. h. t.* quarum prior de actione ex contractu, posterior de ea, quae ex delicto oritur, itidem non obscure loqui videtur.

Usus in eo se exerit, quod actio tributoria *ad corrigendam* distributionem non detur adversus heredes, nisi quatenus ad eos pervenit, quia est ex delicto, *l.* 7. §. 5. *ff. h. t. l.* 9. §. 2. *eod.* at vero ea, quae divisionem *suscipiendam* urget, contra heredes etiam competit, quia ex contractu nascitur, quod ex vulgaribus principiis facile patet.

His notatis, facile patet confusa doctrina eorum, qui actionem tributoriam simpliciter ex contractu nasci asserunt, vid. Lauterbach. *h. t.* Struv. *Ex.* 20. *th.* 43. & quare Lauterbach. statuere coactus fuerit, *quod hac actio exorbitantem naturam a pratore acceperit*, quia scilicet ille supposuerat, fundamentum eius unice in contractu servi vel filiifamilias quaerendum esse, unde comprehendere non poterat, quare haec actio saltem detur *de eo, quod pervenit*, cum tamen alias actiones ex contractibus sine respectu, utrum quid pervenerit, annon, adversus heredes extendantur. Textus, quos adducit Struvius, scilicet *l.* 7. *pr.* §. 2. *l.* 8. *h.* §. 3. *J. quod cum*

eo

o l. f. h. pro nobis faciunt, prout paulo ante ostendimus. Provocat quidem ad Bachovium *in tr. de action. disp. 8. th.* 13. sed hic autor nostram potius sententiam confirmat. Statuit enim, actionem tributoriam ex dolo oriri, & simul ad *l. 8. h. t.* quæ obstare videbatur, respondet. Verba eius hæc sunt: *ad qua scilicet* (id est, ad distribuendas merces peculiares) *tenetur ex edicto, & si neutrum fecerit.* (id est, nec distribuerit, nec mercibus cesserit per *l. 7. §. 1. h. t.*) *tum demum hac actione tributoria, qua coercendo dolo comparata est, convenitur per l. 7. §. 2. h. t. Nam quod dicitur in l. 8. eod. non esse hanc actionem de dolo, non eo pertinet, quasi hac actione non coerceatur dolus, sed quod non sit actio famosa, qua in specie appellatur actio doli, ut ex l. prac. 7. §. ult. perspicuum esse potest; ut tamen hoc notetur, in d. l. 8.* rei persecutionem continere, *in specie usurpari, ut opponatur actioni famosa de dolo, qua alias & ipsa rei persecutoria dici potest, quatenus hac opponitur actioni poenali in duplum, triplum vel quadruplum, &c.*

Sed posset quis objicere; ergo actio tributoria, quam tu ex contractu esse dicis, coincidit cum actione de peculio; imo non coincidit. Differunt illæ duæ actiones & *objecto* & *effectu*. Actio de peculio intuitu *totius peculii*; tributoria *mercis alicuius peculiaris* respectu datur, *l. 11. ff. h. t.* Dominus item, vel pater actione de peculio conventus, *omne* deducit, quod sibi debetur, antequam reliquis creditoribus

ſatisfiat; ſed in actione tributoria, velut extraneus creditor, *pro rata* ſaltem in diſtributione concurrit, quia eo ipſo, dum paſſus eſt, ſervum vel filium in merce peculiari negotiari, privilegio ſuo renunciaſſe cenſetur, *v. l.* 1. *pr.* & §. 2. *l.* 5. §. 7. *h. t.*

Hæc quoad uſum theoreticum propter confuſionem communiter receptam moneri debuerunt. Quæritur autem, quid de vſu practico dicendum ſit? Hic diverſæ aſſertiones ſeparandæ. Quidam ex DD. ſtatuunt, quod actioni tributoriæ propterea hodie non ſit locus, quia filii, negotiationem exercentes, eo ipſo pro tacite emancipatiis habentur, vid. Schultz. *Synopſ. inſtit. tit. quod cum eo &c. lit. C.* Beyer. *Poſit. ff. h. t.* Hahn *ad Weſenbec. h. t. in fin.* quam ſequitur Lauterbach. *h. t. in fin.* Verum hæc opinio non placet. Tacita enim emancipatio non niſi ex ſeparata demum œconomia colligitur, Brunnem. *ad l.* 31. *ff. de adopt.* Dav. Mevius *ad ius Lubec. l.* 1. *tit.* 3 *num.* 24. conf. omnino Illuſtr. Stryk. *ad Lauterb. h. t. verb. habeantur.* Sed talis ſeparata œconomia in filiofam. peculium adminiſtrante non deprehenditur.

Quod addit Dn. Beyer *loc. cit.* quod hodie *exorto creditorum concurſu non pater bonis obæratis dividendis præſit, ſed judex*, & quod per conſequens ex hoc etiam capite actio tributoria ceſſet; in eo iterum fallitur. Non enim de eo eſt quæſtio, quid pater poſt concurſum

coram

oram judice motum fecerit; sed de distributione, quam suscepit, antequam causa ad judicem devolveretur. Nec enim & hodie creditores statim judicem adeunt, sed prius tentare solent, annon extrajudicialiter suum a debitore consequi possint. Interim, quod rarior hodie sit actio tributoria, quam olim quidem, facile largior, cum rariora sint filiorumfam. peculia, servos autem non habeamus.

Disputant hic quoque, annon beneficium *quasi separationis* ex hoc titulo deduci possit? Quodsi enim servus apud Romanos plures exercebat negotiationes, vel ejusdem negotiationis plures habebat tabernas, tunc quilibet creditor intuitu ejus negotiationis, vel tabernæ, cujus intuitu specialiter contraxerat, reliquis præferebatur. Exinde D D. colligunt: si hodie mercator aliquis plures habuit negotiationes, aut tabernas, & alter hujus tabernæ intuitu speciatim contraxit, quod tunc quoad bona in illa taberna reperta reliquis præferendus sit. Hic quidem quoad theoriam placet opinio eorum, qui dicunt, a negotiatione servi ad liberi hominis negotiationem non procedere consequentiam. Cum enim servi pro nullis habiti, *merci* magis, quam personæ creditum videbatur, & inde oriebatur separatio. At liberorum hominum *persona* obligatur, æsque alienum, quod contrahunt, totum ipsorum patrimonium imminuit, non certi loci facultates respicit, Grönewegen *ad l.* 5. §. 15. & *l.*

& *l. 16. ff. h. t.* quem sequitur Dn. Beyer *loc. prox. cit. ad h. t. in f.* Sed si de praxi quæritur, prout hoc ad scopum nostrum primario spectat, illa iterum in contrarium est, & pro observantia beneficii quasi separationis communiter pronunciatur, vid. Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunnem. Proc. conc. Cred. C.* 5. §. 13. & quos ibi citat. Ceterum de jure separationis & quasi separationis pluribus actum in der Einleitung zum Concurs. Process cap. XI.

LIB. XV. TIT. I.

De Peculio.

DISTINCTIO I.

Inter peculium *castrense*, *quasi castrense*, *profectitium* & *adventitium*, idque *ordinarium* & *extraordinarium*.

COmmuniter hæ distinctiones, tanquam inutiles obiter saltem tractantur, quasi non sint dignæ, ut ullum temporis spatium iis recte intelligendis insumatur. Verum ea, quæ mox dicentur, ostendent, fallere non solum DD. qui talia pro autoritate adfirmant, sed simul & eos falli, qui eadem cœco impetu sequuntur.

Usum scilicet habet ea distinctio *I. in actionibus judicialibus*. Intuitu peculii castrensis vel quasi

quasi castrensis, filius adversus ipsum patrem, & adversus extraneum solus inscio & invito patre agere potest, *l. 4. ff. de judic. l. 4. §. 1. ff. de castrens. pecul.* Propter profectitium nec adversus patrem agit, ob *d. l. 4. de judic.* nec contra extraneum, patri enim & proprietas & ususfructus, id est, omne omnino jus competit, vid. Struv. *Exerc. 9. th. 6.* nisi forsan pater absens sit, tunc enim ex præsumto mandato admittitur, *v. l. 18. §. 1. ff. de judic.* Ratione adventitii regularis pater, tanquam usufructuarius & legitimus administrator, actionem instituit, consentiente tamen filio, si eius ætatis est, ut consentire queat, *l. ult.* §. 3. *C. de bonis qua lib.* quod si pater abest, vel furore impeditur, filius non minus, ut antea admittitur, cum cautione tamen de rato, vid. Struv. *loc. cit.* Denique quoad adventitium irregulare distinguit quidem Lauterbach. *ad tit. de judic.* utrum illud consentiente, an vero dissentiente patre, filius acquisiverit, sed ea distinctio effectu hic destitui videtur, cum *l. f. in f. pr. C. de bon. qua lib.* fillo agendi potestatem concedat cum consensu tamen patris, quamvis filius peculium eo dissentiente acquisivisset. Quidni ergo & eo casu, ubi pater in acquisitionem consensit, ejus quoque consensus in institutione actionis requireretur? Ergo ita dicendum: in adventitio irregulari filius semper agit, consentiente tamen patre, qui ad consensum illum præstandum juxta *cit. l. f.* compelli potest per judicem.

Sed anne quoad peculium adventitium inter filium & patrem lis esse potest? Negatur ob vinculum unitatis, unde quamdiu patria potestas & per consequens ipsum illud peculium durat, omnes lites suspenduntur, quae *rem ipsam* concernunt, de illis enim sermo est. Quod si de *modo administrandi* controversia oriatur, v. g. si pater bona adventitia dissipare incipit, tunc quidem patrem convenire potest filius, juxta Busium & Brunnemannum *ad l. 4. ff. de judic.* sed tunc non adest actio proprie sic dicta, sed nuda & summaria officii judicis imploratio, vel potius denunciatio aliqua. Quis vero exinde assereret, quod *de re ipsa* etiam inter patrem & filium actio institui possit? quod tamen facere videtur Dn. Beyer *in posit. ff. de judic. pos. 19. & 20.*

II. Usus distinctionis sese exerit *in materia contractuum & SC. Macedoniani.* In peculio castrensi & quasi filius ex omnibus contractibus obligatur, etiam ex mutuo, *l. 1. §. ult. & l. 2. ff. de SC. Macedon.* & sic ibi cessat SCti Macedoniani exceptio; secus in reliquis, & quoties quis pro filiofam. habetur, quod ad adventitium irregulare minus recte extendit Lauterbach. *ad tit. de SCt. Macedon.* cum hic filiusfam. mortem patris expectare non habeat necesse. Posses & hoc addere: Intuitu peculii militaris filius cum patre contrahit, non autem intuitu reliquorum.

III. *In*

III. *In materia testamentorum.* De peculio castrensi & quasi castrensi testatur pro lubitu filius, *pr. J. quib. non est permiss. fac. testam. l. 2. C. de castr. pecul. l. 50. C. de Episc. & Cler.* non autem de reliquis, cujuscunque generis ea sint, hoc unico excepto, quod de peculio adventitio ordinario, patre permittente, de extraordinario autem, patre etiam invito, *donationem mortis causa* celebrare possit: ad hanc enim præcise non requiritur, ut quis sit paterfamilias, quod tamen in testamenti factione necessum est, vid. Struv. *Ex.* 40. *th.* 33.

IV. In materia *computationis legitimæ.* castrense & quasi castrense peculium non computatur in legitimam, neque etiam adventitium, *v. l. 36. pr. ibi: repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est. C. de inoff. testam.* bene tamen profectitium, hoc enim ex ipsa patris substantia proficiscitur, & privilegio aliquo munitum non est.

V. In materia *relinquendæ legitimæ.* Quando quis post emancipationem de iis bonis testatur, quæ ante ex peculio adventitio ad ipsum pertinebant, tunc parentibus vel liberis ex iisdem legitimam portionem relinquere tenetur, *v. Nov.* 115. *c.* 3. sed quando quis testamentum de castrensi peculio condit, tunc ad legitimam relinquendam non tenetur, *l. 9. & 24 C. de inoff. testam.* idem in quasi castrensi, *l. fin pr. &* §. 1. *eod.* quod tamen intelligendum

quam

quamdiu illa vera vel quasi militia durat, ea enim cessante, ipsum quoque privilegium cessat, *l. 8. §. 3. ff. de inoff. test. l. f. §. 2. C. eod.* Disputant vero, annon illud privilegium *militum* per *Nov.* 115. *c.* 3. *verb. a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam*, sublatum sit? ita videtur Covarruv. *in c. quia nos. 9. num.* 9. *X. de testam.* Salyceto *in l. f. C. de inoff. test. num. 4.* Wesenb. *Conf.* 17. *num.* 30. aliisque, vid. Brunnem. *ad d. l. 9. C. de inoff. testam.* Mihi tamen se adprobat sententia Donelli *comm. l.* 19. *c.* 5. & Reusneri *de testam. p. 2. c. 25. n. 7.* quaestionem negantium, quia specialia privilegia generali correctioni subjacere non solent, jus testandi autem in peculio castrensi vel quasi castrensi ex speciali privilegio sine dubio dependet. Et ergo adlata verba *Nov.* 115. *c.* 3. quod liberi legitimam relinquere debeant a rebus propriis, *in quibus habent testandi licentiam*, intelligenda sunt, scilicet *de jur. com.*

VI. In materia *collationis bonorum*. Peculium castrense & quasi castrense nunquam confertur, *l.* 1. §. 15. *ff. de collat. l.* 1. *C. de castrens. pecul.* nec adventitium, *l. f. C. de collat.* bene tamen profectitium, *v. l.* 17. *C. d. t.*

VII. Quoad *beneficium competentiae*. Filius enim intuitu rerum castrensium conventus condemnatur in id solummodo, quod facere potest, *l.* 6. & 18. *ff. de re iudic.* quod ad quasi castrensia ex DD. opinione eodem modo pertinet. Secus in aliis, v. g. adventitiis, praecipue irregularibus.

IIX.

IIX. Intuitu *ipsius patris.* In castrensi & uasi castrensi & proprietas & ususfructus per- ient ad solum filium, pater *nihil* habet, ne uidem administrationem, nisi filius nondum ajorennis sit, ubi tamen pater non percipit uctus, vid. Carpzov. *lib.* 5. *Resp.* 84. *num.* 7. In culio profectitio contra pater *omne* habet, us nihil: in adventitio ordinario *aliquid*, mpe usufructus ad patrem, aliquid, id est oprietas, ad filium spectat. In adventitio traordinario Pater iterum nihil habet, præ- quam nudam administrationem, si filius im- rfectæ est ætatis, ubi tamen ad inventarium nficiendum & rationes reddendas æque est strictus, ut alius curator, non enim tunc vi triæ potestatis, sed ut curator administrat, Illustr, Stryk. *ad Lauterb. h. t. voc. admi- strare potest.*

LIB. XVI. TIT. II.

De compensationibus.

DISTINCTIO I.

nter compensationem *perpetuam* & *temporalem.*

PRior mutuum debitum in perpetuum pro re nata vel tollit, vel minuit, fitque ipso jure, ita ut ab illo momento, quo alter

vicissim debere cœpit, ego ad usuras ulterius solvendas non sim obligatus, *v. l. 4. C. h. t. ibique Gothofr. in not. Posterior* eo usque saltem effectum suum exerit, donec debitor meus pecuniam mihi debitam persolverit, & quamvis ego jure hoc meo, quod *retentionis* alias vocatur, utar, usuræ tamen interim nihilominus currunt. Deinde *prior* obtinet saltem, si quantitates debeantur; aut species quidem, v. g. duo equi, sed in genere solum sine certa determinatione promissæ, in has enim non cadit pretium affectionis; secus in rebus determinate promissis; unde certa species cum specie, aut species cum quantitate compensari nequit, quod fuse persequitur Lauterbach. *ad h. t. sub. lit. O.* In *posteriori* autem species quoque propter debitam quantitatem, aut aliam speciem juste retinetur, donec solutio facta fuerit. Hic enim rem alteri in perpetuum non aufero, sed ad tempus saltem, & sic non obstat, licet ille maximum affectum erga eam rem foveat. Ceterum & hoe notandum, quod retentio in hac distinctione a Lauterbachio abusive compensatio vocetur, cum proprie talis non sit, prout observarunt Zangerus, Mæstertius, aliique a dicto Lauterbachio *h. t.* allegati, qui eorum opiniones immerito *scrupulosas limitationes* appellat.

DISTINCTIO. II.

Inter compensationem *propriam & impropriam*.

Hæc

[Æc cum priore coincidit, vocabulis solummodo mutatis. Per impropriam enim poralis, sive jus retentionis; per propriam em perpetua compensatio indigitatur, vid. ntzk. *lib.* 1. *resol.* 15. *num.* 26. Ergo hic ean repetenda, quæ ad præcedentem distinctiem adlata fuerunt.

LIB. XVI. TIT. III. Depositi vel contra.

DISTINCTIO. I.

Inter depositum *regulare* & *irregulare.*

N regulari transfertur solum custodia, non jus utendi, qui enim re deposita utitur, furtum *usus* committere dicitur, *v.* §. 6. *J. de g. quæ ex delict. nasc.* secus in irregulari, idnim hoc nomen accepit, quia a regula, sive ordinaria depositi natura plane recedit, *v.* 4. *ff. h. t.* In regulari casus fortuitns pertiad deponentem, tanquam ad dominum: is in irregulari, hoc enim, si res fungibilis odienda datur, revera nihil aliud est, quam suum, ergo etiam dominium cum omnisuis effectibus in irregularem hunc depotium transfertur, vid. omnino *l.* 9. §. *f.* & *l.*

10. *ff. de reb. credit.* Imo hinc ſimul deponens jura ſua amittit, quibus alias in concurſu creditorum fruitur, *l.* 7. §. *pen. ff. depoſ. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. aut. jud. poſſid.*

DISTINCTIO II.

Inter depoſitum *judiciale*, ſeu ſequeſtrum, & *extrajudiciale*.

HÆc diſtinctio ita generatim propoſita uſum ſaltem habet theoreticum, quod nempe depoſitum *judiciale*, ſeu *ſequeſtrum*, circa res litigioſas ſolum, extrajudiciale autem circa non litigioſas verſetur, cuſtodia autem utrobique eodem modo depoſitario concreditur. Quod ſi vero deinde ad ſubſpecies deſcendimus, uſus non contemnendus partim quoad jus Romanum, partim quoad mores noſtros apparet, ut ex ſubſequentibus mox patebit.

DISTINCTIO III.

Inter depoſitum extrajudiciale *voluntarium* & *neceſſarium*, ſeu *miſerabile*.

USus de jure Romano in eo conſiſtebat, quod actio depoſiti miſerablis contra inficiantem in duplum dabatur. *l.* 1. §. 1. *l.* 18. *ff. h. t.* major enim in eo depoſitario eſt malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit & miſero novam miſeriam, ergo etiam magis coercebatur, quam quidem alius quiſpiam, qui in depo-

posito voluntario restitutionem rei depositæ
›lo malo detrectabat. Hodie eiusmodi ne-
ıam sine dubio etiam graviter est coercendus,
d non præcise in duplum, quia actiones pœ-
ıles illæ apud nos, teste fori experientia, non
nt receptæ. Ipse B. Brunnem. *ad d. l.* 1. §. 1.
t. num. 3. fatetur, actionem in duplum in
:posito miserabili non frequentari in foro, sed
nul tamen negat, eam exolevisse. Nobis ve-
› unum ex altero profluere vidətur, quod
ıæcunque actio nunquam in foro fuit fre-
ıentata, ea quoque non possit esse *recepta*, (i-
melius dicitur, quam *exolevisse*, hoc enim
ceptionem præcedentem supponit.) Melius
cisset notus ille Grœnvvgen, si tractatum suum
›n de legibus *abrogatis*, sed potius de *non re-
ptis* inscripsisset.

DISTINCTIO IV.

ıter depositum judiciale *voluntarium* & *necessarium*.

VOluntarium, quoniam consensu utriusque litigantium fieri solet, in omnibus causis
t permissum, sicut enim quilibet juri suo re-
ınciare potest, ita ille quoque, qui hactenus
possessione fuit, ejusque favore uti potuis-
t. *Necessarium* autəm, quod a judice decer-
tur invita etiam parte, regulariter est prohibi-
.m, quia scilicet speciem executionis con-
ituit, a qua processus non est inchoandus,

10. *ff. de reb. credit.* Imo hinc simul deponens jura sua amittit, quibus alias in concursu creditorum fruitur, *l.* 7. §. *pen. ff. depos. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. aut. jud. possid.*

DISTINCTIO II.

Inter depositum *judiciale*, seu sequestrum, & *extrajudiciale*.

HÆc distinctio ita generatim proposita usum saltem habet theoreticum, quod nempe depositum *judiciale*, seu *sequestrum*, circa res litigiosas solum, extrajudiciale autem circa non litigiosas versetur, custodia autem utrobique eodem modo depositario concreditur. Quod si vero deinde ad subspecies descendimus, usus non contemnendus partim quoad jus Romanum, partim quoad mores nostros apparet, ut ex subsequentibus mox patebit.

DISTINCTIO III.

Inter depositum extrajudiciale *voluntarium* & *necessarium*, seu *miserabile*.

USus de jure Romano in eo consistebat, quod actio depositi miserablis contra inficiantem in duplum dabatur. *l.* 1. §. 1. *l.* 18. *ff. h. t.* major enim in eo depositario est malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit & misero novam miseriam, ergo etiam magis coercebatur, quam quidem alius quispiam, qui in depo-

deposito voluntario restitutionem rei depositæ dolo malo detrectabat. Hodie eiusmodi nequam sine dubio etiam graviter est coercendus, sed non præcise in duplum, quia actiones pœnales illæ apud nos, teste fori experientia, non sunt receptæ. Ipse B. Brunnem. *ad d. l.* 1. §. 1. *h. t. num.* 3. fatetur, actionem in duplum in deposito miserabili non frequentari in foro, sed simul tamen negat, eam exolevisse. Nobis vero unum ex altero profluere videtur, quod quæcunque actio nunquam in foro fuit frequentata, ea quoque non possit esse *recepta*, (ita melius dicitur, quam *exolevisse*, hoc enim receptionem præcedentem supponit.) Melius fecisset notus ille Grœnvvgen, si tractatum suum non de legibus *abrogatis*, sed potius de *non receptis* inscripsisset.

DISTINCTIO IV.

Inter depositum judiciale *voluntarium* & *necessarium*.

V*Oluntarium*, quoniam consensu utriusque litigantium fieri solet, in omnibus causis est permissum, sicut enim quilibet juri suo renunciare potest, ita ille quoque, qui hactenus in possessione fuit, ejusque favore uti potuisset. *Necessarium* autem, quod a judice decernitur invita etiam parte, regulariter est prohibitum, quia scilicet speciem executionis constituit, a qua processus non est inchoandus,

& possessorem beneficio possessionis privat, *v. l. un. C. de prohib. sequestr. pecun. c. 1. X. de sequestr. possess.* Excipiunt tamen communiter sequentes casus, si nempe metus *armorum, dilapidationis*, aut *fuga* subsit, & sufficiens cautio præstari nequeat a persona suspecta, vid. Gœddeus *de sequestrat. c. 2. num. 16. seqq.* Trentacinq. *lib. 3. tit. de solut. resol. 12. num. 4. seq.* & quos magno numero allegat Brunnem. *ad d. l. un. C. de prohib. sequestr. pecun.* qui ibi quoque *in fine* recte monet, quod summarie tamen constare debeat de jure sequestrum petentis, & quod illud petat ad conservationem juris sui, Mynsing. *Cent. 2. obs. 1.*

DISTINCTIO V.

Inter depositum *juris & facti*.

DEpositum *juris* vocatur, quando debitor ob creditoris moram in accipiendo, pecuniam debitam in judicio deponit, prævia legitima & reali oblatione, *v. l. 19. C. de usur. l. 9. C. de solut.* de quo in *speciali tractatu* egit Schultzius, *Witteb. 1632. 12mo*, quem excerpsit Dn. Beyer *Pos. ff. tit. de acceptil. posit. 6. seqq.* Et hoc depositum tendit ad obligationem, quæ antea suberat, dissolvendam, ac per illud dominium in creditorem transfertur, unde postquam debitum semel rite depositum fuit, casus fortuitus superveniens non ad deponentem amplius, sed ad dictum creditorem pertinet,

net, qui sibi imputare debet, quod non statim receperit rem depositam, eandemque ipse melius custodiverit. Ast vero in illo deposito, de quo sub præsenti titulo agitur, inducitur demum obligatio, quæ antea nondum suberat, & casus fortuitus ad deponentem adhuc spectat, neque enim hic depositi contractus ad transferendum dominium habilis reputatur.

LIB. XVII. TIT. I.
Mandati vel contra.

DISTINCTIO I.
Inter mandatum *expressum* & *tacitum*.

EXpressum vocatur, quod per verba, *tacitum*, quod per facta contrahitur, v. gr. quando quis aliquid, me sciente & non contradicente, suscipit. Differunt ergo quoad conceptum illa duo mandata, sed in usu praxeos non differunt. Illa enim regula tam affirmative, quam negative jamdudum communi DD. calculo probata est: *Quicunque expresse consentire potest, ille etiam tacite hoc facere valet*: & contra: *quicunque expresse consentire nequit, ille nec tacite hoc potest.* Item: *quod taciti & expressi eadem sit vis & efficacia.*

Quod propterea semel hic generaliter monuisse sufficiat, nam ad reliquos cujuscunque generis contractus, qui in tacitos & expressos dispescuntur, eodem modo pertinet, conf. Illustr. Thomasius *in Jurispr. divin. lib. 2. cap. 7. §. 24.*

DISTINCTIO. II.

Inter mandatum *judiciale* & *extrajudiciale.*

HIc repeti debent, quæ de pactis judicialibus & extraiudicialibus in genere supra *circ. fin. tit. de pactis* monuimus, quibus adhuc addere posses, actus judiciale facilius probari posse, quam extrajudiciales. Atque adeo regulas justitiæ regulariter quidem non exigere, ut aliquid in iudicio fiat, bene tamen regulas prudentiæ. Adde & hoc, quod mandata extraiudicialia sint simplicia, & nihil nisi qualem qualem consensus declarationem exigant; ast in judicialibus variæ clausulæ requiruntur, unde majori cautione etiam concipienda, ne exceptione insufficientis & inidonei mandati procurator a judicio repellatur, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. Contr. Sect. 2. Cap. 11. §. 1.* Unde in multis provinciis, v. gr. in Ducatu Magdeburgico, Brunsuicensi, in Civitate Hamburgensi, &c. certa formularia typis expressa prostant, quæ tollendarum litium & disputatio-

num

num causa a partibus subscribi & nomina procuratorum iisdem inseri solent.

DISTINCTIO III.

Inter mandatum quod fit (1.) *mandantis tantum*, (2.) *mandantis & mandatarii conjunctim*, (3.) *mandantis & tertii*, (4.) *mandantis, mandatarii & tertii* (5.) *tertii tantum*, (6.) *tertii, & mandatarii* gratia.

SEdes huius distinctionis est in §. *1. 2. 3. 4. & 5. J. de Mandat.* & in *l. 2. ff. eod.* & sic eadem est textualis, non magisterialis; scio quidem, nonnullos impugnare pleraque hujus distinctionis membra, quod impertinentia sint, & ad materiam mandanti referri nequeant; sed illis satisfieri posse puto ex iis, quæ hic tradit Struv. *S. I. C. Exerc. 22. th. 8.* Sic e. g. si mandatum fit *tertii causa*, non adest quidem obligatio in omnibus casibus ad illud expediendum; quod si tamen ego gesserim hactenus negotia Caji, eaque nunc ulterius Sempronio gerenda demandem, hic Sempronius, postquam semel in se suscepit expeditionem mandati, ad illud exequendum quoque sine dubio obstringitur. Sic, ut verbis dicti Struvii utar, si mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, licet mea non interesset credi, tamen si impletum est mandatum, tibi contra

 me

me ob pecuniam mandatu meo creditam Titio, competit actio mandati contraria.

Quicquid interim sit de usu theoretico; usum practicum, qui in praesenti ad nostrum scopum spectat, non adesse lubentes fatemur. Omnis enim ille, qui ex mandato agit, interesse aliquod docere debet, ut ipse innuit Ulpianus i[illegible]. §. 6. *ff. h. t.* alias enim agenti objiceretur exceptio: *Tua non interest.* Ex quo etiam dubitare liceret contra Struvium, an mandatum *tertii tantum* gratia fieri posset, cum in exemplo ab eodem adducto mandantis, qui negotia Caji hactenus gesserat, omnino intersit, ut ea negotia continuentur, si scilicet connexa sint. Ergo omnes sex species mandatorum in eo conveniunt, quod agens semper ad proprium interesse provocare teneatur. Quamvis vero mea hac vice magis intersit, quam alia; hoc tamen non statim constituit peculiarem contractus speciem, quoad effectum talem, cum magis & minus rem nunquam variare soleant.

DISTINCTIO IV.

Inter *mandatum*, *commendationem* & *consilium*.

In *mandato*, prout modo dictum, semper ejus vertitur interesse, qui alteri mandavit, & propterea a mandatario actione mandati contraria

traria ad indemnitatem mandati nomine præstandam conveniri poteſt, *l.* 15. & 20. *ff. h. t. l.* 12. §. 9. *eod.* Secus in *conſilio*, hic enim, qui conſilium dat, nullum plane intereſſe habet, ſed ipſi perinde eſt, an perficiatur negotium, an non, unde non tenetur, quamvis res male ceſſerit, & quamvis ille, qui conſilium eſt ſecutus, illud alias plane non feciſſet, *v. l.* 2. §. 6. *ff. h. t.* ubi ratio additur, ſcilicet, *quia liberum eſt cuique, apud ſe explorare, an expediat ſibi conſilium, add. l.* 1. §. 14. *ff. depoſ.* Excipitur conſilium fraudulentum, ex generali fundamento, quod fraus nullibi impunita eſſe debeat, *l.* 47. *de R. J.* In *commendatione* aliquo quidem modo commendantis intereſt, ſed tamen nec hic principaliter, & ſic indemnitatem non promittit alteri intuitu rei, aut perſonæ commendatæ, ſed tantum ſuadet atque adhortatur. Unde Ulpianus in *l.* 12. *ff. Mandati*, cum quidam, inquit, talem epiſtolam ſcripſiſſet amico ſuo: *Rogo te, commendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum*: non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quam mandandi cauſa ſcripta eſt. Exceptio eſt inter mercatores. Et huc pertinet *lib.* 3. *tit.* 10. *Jur. Lubec.* Vom Beſehlich/welcher rathsweiſe geſchicht/ ubi ita diſponitur: Will jemand einem fremden ſein Guth nicht verkauffen/ und ein ander ſtehet dabey und ſaget: Ihr möget es ihme woll vertrauen/ die Bezahlung wird euch woll: wird der Verkäuffer von

den Käuffer nicht bezahlet / so muß derjenige zahlen / welcher den fremden loben thut / dadurch der Verkäuffer versichert worden / quam materiam fusius prosequitur Finckelth. *Observ.* 16.

LIB. XVII. TIT. II.
Pro socio.

DISTINCTIO I.
Inter societatem universalem *omnium bonorum* & *bonorum in specie*.

Quomodo quoad conceptum differant hæ duæ societatæs, satis explicat Lauterbach aliique DD. *ad h. t.* scilicet in societate *omnium bonorum* socius socio ad ea quoque communicanda tenetur, quæ titulo *lucrativo* obtinuit, v.g. hereditatis, legati, fideicommissi, donationis, &c. *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 6. *tit.* 15. ast in societate *bonoòum in specie* (quæ & *generalis* vocatur) ea solum sibi invicem communicant socii, quæ titulo *oneroso* acquirunt, seu per quæstum & negotiationem, ut communiter loqui sueverunt, *l.* 7. *ff. h. t.* Felic. *de societ. c.* 13. *num.* 5. *seqq.* Usus practicus præcipue circa quæstionem: *qualis in dubio societas*

tas præsumi debeat? sese exserit. Putamus autem, in dubio societatem omnium bonorum non præsumi, sed pro societate bonorum in specie potius pronunciandum esse. Quoniam enim in priori illa socius filiam socii dotare ejusque filiis sumtus studiorum præbere tenetur, quamvis ipse filios aut filias non habeat, quorum intuitu alter socius idem vicissim præstare possit, *l.* 73. §. 1. *ibi: utrinque imputanda ff. h. t.* hinc aperte sequitur, quod dicta societas omnium bonorum involvat speciem alicujus donationis; ast vero hæc nunquam facta esse censetur, *v. l. 7. ff. h. t.* Et hoc ex iis quoque, quæ ante dicta sunt, confirmatur, quod nempe socius etiam ad lucrativa & sic etiam ad thesaurum inventum communicandum, ut vult Felic. *d. tr. c.* 12. *num.* 24. obstrictus sit, quod iterum donationem involvit.

Porro, in societate bonorum in specie requiritur proportio lucri percipiendi & damni sustinendi secundum quantitatem rerum illatarum, vel operarum, aut periculi etiam suscepti, *l.* 6. & *l.* 80. *ff. h. t.* ast in societate omnium bonorum lucrum & damnum æqualiter dividitur, quamvis res illatæ maxime inæquales sint, Felic. *c.* 9. *num.* 23. sibi enim imputare debet alter, quod cum eo, qui parum, aut nihil in bonis habebat, societatem contraxerit, & ergo de damno sibi obveniente conqueri non potest.

In

In societate omnium bonorum traditione aliqua opus non est, sed res, quæ tempore societatis initæ jam præsentes sunt, ipso jure traditæ esse censentur, *l.* 1. §. 1. *junct. l.* 2. *ff. h. t.* nisi quod juxta *l.* 3. *pr. eod.* nomina cedi debeant pro rata, puto ex illâ ratione, quoniam ex hypothesi juris Romani nomina & actiones ossibus contrahentium adhærent, & ab illis sine cessione separari nequeunt. Sed in societate bonorum in specie actualis traditio requiritur, quippe cujus intuitu nulla in legibus exceptio deprehenditur, unde hic valet, quod alias dicitur, contractus consensuales *perfectionem* suam quidem ex solo habere consensu, sed ad *consummationem* eorum traditionem etiam requiri.

Ceterum etiam videri posset, in hoc latere differentiam, quod in *l.* 16. *ff. de re judic.* de sociis omnium bonorum solummodo dicitur, eos frui beneficio competentiæ, non autem de sociis in societate bonorum; verum enim vero cum in *l.* 63. *ff. h. t.* (cujus idem est autor, Ulpianus,) dictum competentiæ beneficium etiam unius rei sociis tribuatur, hinc illud quoque sociis in societate bonorum generali haud denegandum esse videtur, præsertim cum *cit.* l. 16. *ff. de re judic.* non aperte socios bonorum excludat; vid. Berger. *resol. LL. obs. h. t. qu.* 15. Illustr. Dn. Stryk. *not. ad Lauterb. h. t. verb. obs.* 16.

Ex hisce simul constat, quid differentiæ inter

inter societatem universalem & specialem intercedat. Inter societatem generalem & specialem autem nullam aliam reperio quoad effectum differentiam, quam quod specialis finiatur, quamprimum negotium illud speciale, cujus intuitu contraxerunt socii, finitum est; societas universalis & generalis autem regulariter usque ad dies vitæ durare solet. Fateor denique, societatem universalem hodie admodum raram esse, nam licet coheredes sæpe in communione hereditatis, ipsis delatæ, ad tempus permaneant; eo tamen casu non adest societas *universalis*, sed *rei universalis* *v. l.* 39. §. 3. *ff. fam. hercisc.* scilicet bona, quæ heredes extra hereditatem jam possederunt, ad hanc communionem non pertinent.

DISTINCTIO II.

Inter communicationem rerum illatarum *quoad fructus tantum*, vel *quoad ipsum dominium.*

USus hic deprehenditur maximus. Si enim communicatio quoad ipsum dominium fit, tunc casum fortuitum in rebus communicatis contingentem uterque sociorum ex æqua parte ferre tenetur, quod secus est in priori casu, ubi res saltem quoad fructus communicatæ fuerunt, ibi enim damnum fatale ad unum socium solummodo pertinet. Sed

quæ-

quaeritur; *quidnam in dubio praesumendum sit* Respondet Lauterbachius aliique, videri debere, quid inter partes actum fuerit, juxta *l.* 34. *ff. de R. J.* sed cum hoc non semper appareat, ad conjecturas quandoque recurrendum est, ex quo nova quaestio exoritur: in quam partem conjectura tunc tendere debeat? Mihi ita videtur. Societas initur aut *de rebus promercalibus*, quas non ad perpetuum usum servamus, sed mox iterum in alios quaestus causa transferimus, quod fit in societate bonorum in specie & particulari communiter; aut vero initur *de rebus non promercalibus*, quas nobis conservamus, quotannis exinde fructus percipientes, quod regulariter in societate omnium bonorum obtinere solet. Priori casu puto, quod in dubio praesumi debeat, res quoad ipsum dominium collatas esse, & sic casum fortuitum ad utrumque pertinere, modo actualiter illatae sint, conf. *l.* 58. §. 1. *ff. h. t.* secus in casu posteriori. Non obstat *l.* 58. *pr. ff. h. t.* ubi dicitur, si equus tuus (qui cum meis ad venditionem destinatus erat) ante venditionem moriatur, quod tu hoc casu de reliquorum pretio nihil consequaris, & sic periculum ad te solum pertineat; causa enim hujus assertionis est, quia equus nondum actu aliter collatus erat, *cum non habenda quadriga, sed vendenda coita esset societas*, uti verba *d. l.* habent. Ceterum judicium suum hic cuilibet relinquo. Sane si unus pecuniam contulit,

tulit, alter solas operas præstitit, tunc DD. facile concedunt, & res ipsa loquitur, communicationem quoad fructus solum factam esse.

DISTINCTIO III.

Inter socium nomine *proprio*, aut *societatis* nomine contrahentem.

PRiori casu sibi soli acquirit obligationem & exinde dependens jus agendi, contra ipsum solum quoque vicissim competit actio ei, cum quo contraxit, quia ejus fidem solum secutus est, non omnium sociorum, nisi res in utilitatem societatis versa probetur, Felic. *de societ. cap.* 30.*num.* 13. & 41. *Posteriori* casu subdistinguendum: *an præpositus fuerit negotiationi*, tunc enim socii indistincte obligantur, quamvis res in societatis utilitatem versa non fuerit, ipsi tamen agere nondum possunt, nisi in subsidium, aut nisi actio fuerit cessa, ex subtilitate juris Romani, quia jura quæsita ossibus contrahentium inhærent, a quibus absque cessione separari nequeunt. Quod *si non fuit præpositus*, socios plane non obligat, nisi versio probetur, aut secundum legem societatis contraxerit: sociis etiam hoc casu non competit ius agendi, vid. Felic. *d. cap.* 30. *passim*, & quos magno numero allegat Lauterbach. *h. t.* add. illustr. Stryk *de caut. contract. sect.* 2. *c.* 16. § 10. *seqq.*

LIB. XVIII. TIT. I.
De contrahenda emtione.

DISTINCTIO I.

Inter emtionem *naturalem* (s. *œconomicam*) & *artificialem*, (sive *negotiatoriam*.)

O*Economica* vocatur, qua omnes patresfamilias indigent, quando scilicet ea sibi comparant, quibus in re domestica opus habent: *artificialis* e contrario, per quam quæstus intenditur, qua occupantur mercatores. Usus se variis modis exserit, Scilicet ab emtione-venditione artificiali, sive negotiatoria, excluduntur *nobiles* & in dignitate constituti, *v. l. 3. C. de Commerc. & mercat. Clerici, c. 15. & 16. X. de vit. & honest. Cleric.* vid. omnino *doctr. ff. h. t.* §. *IV.* & in aliquibus locis *forenses*, v. Mev. *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 2. art. 5.* item apud Romanos *officiales*, qui officii causa in provincia agebant, *l. 62. pr. h. t. l. 46. §. 2. ff. de jur. fisc.* sed nemini œconomica est interdicta. Quamvis etiam apud protestantes clericis permittatur, quod jus commercii municipalis, Bürgerliche Nahrung zu treiben/ e. g. Bier zu schencken &c. acquirere possint, v. Schilter. *Instit. jur. Canon. l. 1. tit. 18. §. 12. ord. Eccles. Saxon. tit. de privil. & immun.*

mun. Cleric. §. *3.* solennem tamen mercaturam nedum hodie exercere possunt. Recte enim monet Schilter *loc. cit.* quod cavere debeat minister, ne talis negotiatio in detrimentum sacri ministerii quoquo modo vergat, & quod abusu privilegium amittatur. Illud quoque extra dubium est, nobiles frumenta ex prædiis suis redacta non minus, quam alios, quæstus causa vendere posse.

In Saxonia porro usus hujus distinctionis circa mulieres contrahentes deprehenditur. Scilicet, emtionem œconomicam valide celebrant mulieres sine curatoris consensu, curator enim toties præsens esse nequit, quoties mulieres carnes, pisces & id genus alia levioris momenti coëmunt. At emtio negotiatoria sine curatoris consensu celebrari nequit, nisi forsan mulieres sint mercatrices, tunc enim aliud dicendum, quia hoc casu mulieres privilegia sua amittunt, cum inter mercatores juxta simplicitatem naturalem procedatur, v. Mevius *ad Jus Lubec. lib.* I. *tit.* 10. *Art.* I. *num.* 61. 62.

Oeconomicam quoque illi valide exercent, qui adhuc sub tutela, vel cura constituti, cum de admodum exiguo eorum præjudicio agatur, quod in concedenda restitutione in integrum prætor attendere non consuevit. Secus autem in negotiatoria, vel artificiali, ubi de majori periculo metus subest.

Posses denique & hoc addere, quod in

venditione & emtione œconomica plerumque locum habeat *pretium legitimum*, in artificiali autem *arbitrarium*; sed de usu hujus distinctionis mox in materia de pretio in specie agetur.

DISTINCTIO II.

Inter emtionem-venditionem *sine scriptis* & *in scriptis* factam.

TErmini quidem hujus distinctionis nulla indigent explicatione; sed usus exinde apparet, quando controvertunt: *utrum in dubio partes scripturam in emtione adhibentes eandem tanquam partem essentialem, vel melioris saltem probationis gratia adjecerint*? seu, quod idem est: *Utrum emtio in dubio sine scriptis, an vero in scriptis facta esse censeatur?* Hæc controversia ventilata fuit inter illustr. Dn. Strykium & Consultiss. Dn. Wilhelmum Leiserum, Professorem Wittebergensem, prout ex tractatu *de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 8. §. 2. & 3.* nec non *ex additamento ad dict. tract. citati Viri Illustris* videri potest. Scilicet B. Brunnem. *in Comm. Cod. ad l. 17. C. de fid. instr.* (in *qua lege* sedes est hujus materiæ) expressum pactum desideraverat, atque adeo si illud non adsit, scripturam in dubio non ad essentiam, sed ad meliorem solummodo probationem a partibus adhibitam esse affirmaverat, quod impu-

impugnandum ſibi ſumebat Leiſerus, cui deinde in Cautelis Contractuum reſponſum fuit. Noſtrum non eſt, ut omnia, quæ ab utraque parte adlata fuerunt argumenta, hic inſeramus, quippe quæ in citato tractatu legi & videri poſſunt; hoc ſaltem dicimus, DD. in eo convenire omnes, quod in dubio partes ab ordinaria negotiorum humanorum natura receſſiſſe non præſumantur, niſi aliud liquidiſſime doceatur, cum autem natura emtionis-venditionis hæc ſit, ut *ſola conſenſu* perficiatur, hinc applicatio ſine dubio facile fieri poterit. Nondum ergo ſcriptura ad eſſentiam emtionis-venditionis pertinet, quamvis in actu contrahendi partes petierint, **man ſolle Feder und Tinte herein geben / oder man ſolle einen** Notarium **hohlen / welcher den Kauff**-Contract **auffſetzen könne /** quod volebat Leiſerus, hæc enim verba ex ſubſtratæ materiæ natura explicari debent; ſed requiritur, ut partes dixerint, *perfectum non prius eſſe debere contractum, niſi inſtrumento completo*; vel, *ſe non aliter, quam in ſcriptis contrahere velle*: item: **Zu wiſſen / daß heute** *dato* **ein ſchrifftlicher Kauff geſchloſſen /** vid. *cit. additam.* §. *XVI.* ubi aliæ adhuc formulæ deprehenduntur.

Sed quisnam, dicis, eſt hujus controverſiæ uſus? Maximus ſane. Si enim expreſſe conventum, quod emtio in ſcriptis celebrari debeat, partibus facultas pœnitendi tamdiu ſalva manet, quamdiu ſcriptura & ei accedens ſub-

ſcriptio & ſubſignatio nondum completa eſt. At vero, ſi ſcriptura probationis ſaltem gratia adhibetur, (quod in dubio præſumendum eſſe modo diximus,) neutri parti facultas pœnitendi competit, quamvis ne verbulum quidem literis conſignatum fuerit, quod in reliquis contractibus conſenſualibus pariter obſervandum.

DISTINCTIO III.

Inter emtionem *ſpei* & *rei ſperatæ*.

DUpliciter explicant hanc diſtinctionem DD. *Primo* quidem ita: Emtio rei ſperatæ dicitur, quando quis emit rem, quæ nondum exiſtit, *naturaliter* tamen produci ſolet, v. gr. fructus futuri anni: ſpei autem emtio, quando quis illud emit, quod non naturali ordine, ſed *per accidens* percipitur. v. g. jactus retis, de quo in *l.* 12. *ff. de act. emt.* juxta hanc explicationem uſus diſtinctionis in oculos incurrit, ſcilicet emtio ſpei pura eſt, & inde, etiamſi nihil captum, integrum tamen pretium exſolvendum, cum ſpes & alea loco rei venditæ ſit, v. Molina *de I. & I. tr.* 2. *Diſp.* 340. *n.* 14. Mantica *de tac. & ambig. convent. lib.* 4. *tit.* 18. Emtio autem rei ſperatæ tacitam in ſe continet conditionem, *ſi fructus nati fuerint*, unde ſi nihil natum, nihil etiam debetur, ſed potius preti-

pretium, si jam in antecessum solutum, iterum repetitur; e contrario si aliquid, licet minimum natum fuerit, emtor ad integrum pretium obligatur, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. Contr. Sect. 1. c. 3. §. 4. & sect. 2. cap. 8. §. 9. & 10.*

Deinde nonnulli etiam ita explicant traditam distinctionem, ut quoad res, quæ per accidens percipiuntur, subdistinguant, an nempe aliquid v. g. *pro piscibus extrahendis*: Was soll ich euch geben vor die Fische/ so ihr in diesem Zuge fangen werdet; utrum vero *pro jactu retis*, was soll ich euch vor den Zug geben? promissum fuerit. Priori casu vocant *rei speratæ*, posteriori autem *spei* emtionem, quo collimat Lauterbach. *Comp. jur. h. t.* ibique Illustr. Dn. Stryk. *verb. si nihil captum.* Mihi quidem illa explicatio non adeo absurda esse videtur; sed cum plerosque interpretes eandem rejicere videam, hinc usum ejus practicum lectori commendare non audeo.

DISTINCTIO IV.

Inter emtionem rei *demonstrative, restrictive* & *modificative* factam.

D*Emonstrative* emtio facta esse dicitur, quando corporis primo fit mentio & deinde etiam quantitatis secundario, v. gr. Es verkaufft Cajus dem Sempronio allen in seinem Keller vorietzo befindlichen Wein/ welcher etwa

12. Eymer austragen wird. Dicitur etiam emtio *per aversionem* facta, überhaupt/im Pausch und Bogen.

E contrario, si emtio *restrictive* fit, primario ad certam quantitatem respexerunt contrahentes, v. gr. Es verkaufft Mevius dem Ulpiano 12. Eymer Weins/ welche ihm aus seinem/ des Mevii Keller/ sollen gelieffert werden.

Modificative autem contrahitur, quando quidem corporis primo fit mentio, quantitas tamen ut modus adjicitur, sine quo quis contracturus non fuisset, v. g. Es verkaufft Titius dem Javoleno allen in seinem Keller befindlichen Wein/ jedoch will Titius zum wenigsten 12. Eymer gewehren.

Usus distinctionis in eo consistit. Si venditio *demonstrative* celebratur, tunc contractus mox est perfectus & periculum emtoris, nec diminuitur, vel augetur pretium, si plus vel minus deinde facta mensuratione deprehendatur, quam quidem ab initio putarunt contrahentes, Mantica *de tac. & ambig. convent. lib. 4. tit. 17. num. 2.* Carpzov. *lib. 5. Resp. 25. n. 6.* Illustr. Dn. Stryk. *Caut. Contract. sect. 2. cap. 8.* §. 30.

Secus, si *restrictive* quid venditum. Tunc enim periculum ante mensurationem ad venditorem spectat, cum antequam illa facta, contractus ratione periculi perfectus non sit, *l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitatis etiam

jam defectus & excessus pertinet vel ad damnum, vel ad emolumentum venditoris, Carpz. *loc. cit. n.* 16.

Denique si *modificative* contractus initus est, periculum statim emtoris est, cum contractus sit purus, modusque adjectus ejus validitatem non suspendat. Si tamen minus reperitur, quam in adjecto modo expressum fuit, hoc damno venditoris cedit; si plus, hoc emtor tanquam lucrum retinet. Modus enim in favorem emtoris, non venditoris, adiectus fuit, conf. B. Brunnem. *in pecul. Disp. de vendit. ad corpus & quantitat. passim.* Molina *de J. & J. Tr. Disp.* 367, *num.* 9.

DISTINCTIO V.

Inter venditionem *uno nummo* & pro *justo pretio* factam.

PRior revera non est emtio, sed donatio, *arg. l.* 10. §. 2. *ff. de acqu. vel amitt. possess.* neque in *l.* 66. *ff. de jur. dot.* contrarium asseritur, sed illa ipsa lex in verbis: *remedii loco &c.* indicat, sermonem ibi esse de venditione imaginaria, vid. Gothofred. *in not. ad d. l.* Dicitur autem venditio uno nummo facta, quoties pretium pro re vendita oblatum, ne minimam quidem proportionem cum eadem re habet, unde si e. g. prædium, cujus verum pretium est 2000. thal, pro 50. thal. venditur, tunc etiam 50. thal. hoc respectu & in sensu juridico

unus nummus dicuntur, quamvis juxta sensum grammaticum aliud dicendum foret.

Usus distinctionis in eo consistit: Veram venditionem omnes celebrare possunt, qui alias ad celebrandos contractus idonei sunt; ast simulatam non omnes. Sic e. g. si conjux conjugi aliquid pro uno nummo vendidit, negotium non subsistit, quia conjuges sibi donare prohibentur. vid. *l. 38. ff. h. t.* sic quoque venditio uno nummo facta insinuationem judicialem requirit, si res, imaginarie vendita, pretium quingentorum solidorum excedit, nec non ob ingratitudinem emtoris iterum revocari potest a venditore, quæ omnia in vera venditione secus se habent.

DISTINCTIO VI.

Inter *emtionem & pactum de emendo.*

EMtio dicitur, quando non solum de *re vendenda*, sed etiam de *certo pretio* constat, hæc duo enim ad essentiam hujus contractus pertinent. Ast in *pacto de emendo*, de *re* saltem constat, non autem de *certo pretio*, ergo alterum requisitum deficit, & sic nec actio ad tradendum, nec ad pretium solvendum exinde proficiscitur. Hunc tamen effectum ejusmodi pacto tribuunt, ut si res in eodem statu per-

permanſerit, venditor huic potius, quam alteri cuidam rem ſuam vendere teneatur, ſuppoſito ſcilicet, quod hic paciſcens idem pretium, quod alter forſan obtulit, cum iisdem conditionibus ſolvere paratus ſit, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb Differat.*

DISTINCTIO. VII.

Inter pretium *legitimum* ſ. *legale*, & *arbitrarium*.

L*Egale* imponitur a legislatore regulariter illis rebus, quibus quotidie indigemus, v. gr. pani, cereviſiæ, carnibus, &c. *arbitrarium* autem quilibet privatus pro ratione circumſtantiarum determinat in rebus reliquis, v. g. ædibus, fundis, &c.

Quoad uſum hæc cape. Legale pretium accurate eſt obſervandum, eoque non obſervato, contrahentes ſtatim de læſione queri poſſunt, quamvis læſio ſit minima, *arg. l.* 5. *C. de LL.* conf. *text.* 2. *F.* 27. §. 4. ſed in pretio arbitrario nemo de læſione querens auditur, niſi læſio dimidium juſti pretii excedat, vid. *l.* 2. *C. de reſc. vend.* illuſtr. Thomaſius *jurisprud. divin. l.* 2. *cap. II.* §. 54. *ſeqq.* ubi in ſpecie §. 57. notat, quod intuitu pretii legitimi interdum nec minus accipere liceat, ſi e. g. determinatio ejusdem pretii ad prohibitionem mono-

nopo-

nopoliorum respexerit. Curiosum exemplum ad hanc materiam pertinens refert Pufendorff. *de J. N. & G. lib. 5. cap. 1. §. 8. in fin.* in civitatibus Graeciae receptum fuisse, ut venditores piscium non sedere deberent, sed stare, ut standi taedio lassitudineque confecti quam recentissimos & pretio aequo venderent.

DISTINCTIO IIX.

Inter *substantialia*, *naturalia* & *accidentalia* contractuum.

PErtinet quidem haec distinctio ad materiam de contractibus in genere; sub praesenti tamen titulo a Lauterbachio tractatur, cujus vestigia sequi voluimus. Scilicet *substantialia* vocantur, quae ad constitutionem alicujus contractus necessario requiruntur, & propterea per pacta adjecta mutari nequeunt, quemadmodum homo esse nequit, cui vel anima rationalis, vel corpus humanum deest, vid. *l.* 36. *ff. h. t.* ubi dicitur, *quod non videatur vendere, qui in venditione rei pretium ponit, donationis causa illud non exacturus.* Talia substantialia sunt in *mutuo*, ut rei fungibilis dominium transferatur: in *commodato*, ut rei non fungibilis usus certus concedatur, (hinc si dominium in commodatarium transfertur, fit commodatum irregulare, Mantica *de tac. & ambig. conv. lib. 9. tit. 3. num. 10.*) in *deposito*, ut

ut custodia alteri demandetur, si enim jus utendi consequitur depositarius, fit iterum irregulare depositum, id est, plane desinit esse depositum, & fit mutuum: in *pignore*, ut nudum jus detinendi consequatur creditor: in *emtione*, ut res pro certo pretio tradatur: in *locatione*, ut usus rei vel opera pro certa mercede præstetur; in *feudo*, ut dominium utile sub lege fidelitatis concedatur, & ita in reliquis.

Naturalia dicunt, quæ regulariter contractum jam constitutum consequuntur, non minus, quam ut in homine, postquam ex anima & corpore constitutus est, partes integrales, manus, brachia, pedes, &c. regulariter adesse solent. Sed quemadmodum defectus ejusmodi partium integralium essentiam humanam non tollit: ita quoque licet naturalia contractus absint, contractus ipse tamen propterea novum nomen neutiquam consequitur. Sic in *mutuo* ad naturalia refertur, quod gratis fiat: in *commmodato*, quod culpa levissima: in *emtione*, quod culpa levis & evictio præstetur, idem in *locatione*: in *feudo*, quod servitia præstentur: quod soli masculi succedant; quod feudum gratis concedatur, &c. quæ omnia ipsis tyronibus nota sunt, & sic probatione aliqua non indigent.

Accidentalia denique sunt, quæ a partibus adjiciuntur, nec regulariter adsunt, prout interdum homines deprehenduntur, qui sex digitos

gitos habent, vel quibus etiam una ex partibus integralibus deest. Sic in *mutuo* interdum præstantur usuræ, cum tamen mutuum sua natura sit gratuitum: in *commodato* interdum commodatarius ad levem saltem culpam obstringitur: in *pignore* vero & in *emtione* aliisque similibus contractibus non raro ad levissimam. Ita in emtione sæpe remittitur necessitas evictionis: fides habetur de pretio: adjicitur pactum addictionis in diem, legis commissoriæ, de retrovendendo, & similia: in *locatione* merces per anticipationem solvitur, aut conductor casus fortuitos in se recipit: in *feudo* interdum fœminæ succedunt: servitia remittuntur, unde feudum francum: feudum emitur, & quæ sunt sexcenta in reliquis contractibus alia.

Ex adductis quoad usum sequentes profluunt assertiones:

Essentialia non solum adesse præsumuntur, sed nec pacto contrahentium salvo contractu mutari possunt.

Naturalia adesse quidem præsumuntur; sed pacto tamen mutari possunt, quamvis ille, qui hoc factum esse dicit, ad ejus probationem obstringatur, cum scilicet partes in dubio a dispositione juris communis recessisse non videantur.

Accidentalia adesse non præsumuntur, adjici tamen possunt, & tunc illi, qui hoc asserit, itidem necessitas probandi incumbit.

Con-

Consueverunt nonnulli adlata hæcce sequentibus terminis succincte exprimere: quod essentialia *debeant*: naturalia *soleant*: & denique accidentalia adesse *possint*.

DISTINCTIO IX.

Inter naturalia *interna* & *externa*.

HAnc distinctionem tanquam a se primitus inventam tradit atque multis commendat Udalr. Zasius *in intellect. juris singular. rubr. de substant. & natural. contract. p. m.* 88. Naturalia *interna* vocat, quæ per naturam cohærent, & ex visceribus contractuum sumta, quasi intrinseca qualitate insunt, tanquam virtus a propria contractus specie producta. Logici, addit, propriam passionem rerum nominant, velut ab essentialibus principiis enatam. Tale est, ut in contractu emtionis dominium per traditionem in emtorem transeat, nec non, ut in locatione conductor facultatem utendi re locata consequatur. Lauterbach. *ad h. t.* huc quoque doli præstationem retulit.

Externa describit idem Zasius, quæ contractibus ex consuetudine adsunt, & non alia ratione naturalia dicuntur, nisi quod frequentiori & assidua consuetudine, quæ in nomen naturæ transiit, ad contractus accesserunt. Huc refert evictionis & culpæ præstationem, & reliqua, quæ nos antea ad naturalia in genere retulimus.

Uſum diſtinctionis eſſe dicit Zaſius, quod naturalia quidem externa pactis contrahentium mutari posſint, non autem interna, v. g. ne dolus præſtetur, ne dominium in emtione transferatur &c. quo ipſo, ſubjungit, commode reſponderi poſſet ad *l. 80. §. fin. ff. de contrah. emt.* & ad *l. 24. ff. depoſ.* juxta quos textus alias ex mente Zaſii naturalia mutari nequeunt, unde maximam in explicando difficultatem orituram eſſe putat, niſi quis illas duas naturalium ſpecies admittere vellet.

Quamvis vero illa ſubtiliter diſputari posſint, (ipſe enim Zaſius fatetur, rem eam egere ingenio & quidem inſtructo, ne ſubſtantialia cum naturalibus inſeparatis miſceantur) quantum tamen ad uſum practicum attinet, inter illa duo, *ſubſtantialia* contractuum eorumque *naturalia interna*, nulla differentia adeſſe, & ſic entia præter neceſſitatem multiplicari videntur. Omnia enim, quæ de ſubſtantialibus prædicantnr, etiam de memoratis naturalibus internis prædicari poſſunt, & vice verſa. At vero duas res, de quibus eadem in univerſum & affirmantur & negantur, nihilominus diverſas ſpecies eſſe poſſe, ex regulis logicorum non recordor. Conſenſus eſt ſine dubio primum omnium contractuum ſubſtantiale, ergo & ad eorum ſubſtantiam pertinet, ut dolus conſenſui oppoſitus exulet. Ita quoque ſine dubio ad eſſentiam emtionis pertinet, ut dominium per traditionem transfe-

ratur,

ratur, alias enim non esset emtio, id est, titulus dominii acquirendi habilis. Et sine causa Zasius *cit. leges* tanquam obstantes & difficilis interpretationis sibi imaginatus est; cum in illis, quantum ego quidem legere potui, hoc non dicatur, quod ea, quæ adduxit Zasius, ad naturalia pertineant. Et quid si hoc etiam in iisdem vel in aliis juris textibus diceretur? Abusive hoc fieret, ut sæpe in aliis casibus, sed eo ipso nova distinctio non introduceretur.

Reliquæ distinctiones de pactis mutantibus vel adjicentibus aliquid; de pactis ex intervallo & in continenti adpositis, &c. jam ex iis, quæ ad tit. *de pactis* in genere diximus, dijudicari possunt.

DISTINCTIO X.

Inter ius *προτιμήσεως* & *retractus*.

PRofluunt hæc duo ex uno eodemque fonte, & cuicunque competit jus protimiseos sive ex speciali pacto, sive immediate ex legis dispositione, ille etiam jure retractus gaudet, & vice versa. Differunt ergo solummodo quoad diversum conceptum. Jus *protimiseos* est facultas, venditionem adhuc perficiendam oblato eodem pretio, quod tertius solvere paratus erat, *impediendi*; jus *retractus*, e contrario, venditionem jam perfectam (scilicet, quæ me non consentiente nec juri meo renunciante celebrata) iterum *rescindendi*.

Plura ad hanc materiam pertinentia collegit ex Tiraquello aliisque Gothofr. Anton. *Disp. feudal. 10. thes. 1.*

DISTINCTIO XI.

Inter *jus retractus* & *pactum de retrovendendo.*

SÆpe quidem jus retractus tam late a DD. accipitur, ut quoque pactum de retrovendendo sub se comprehendat; interim tamen accurate loquendo alterum ab altero longe est diversum. Scilicet propter praecedens pactum de retrovendendo venditori intra, vel post praefinitum tempus rem venditam *simpliciter & absque ullo respectu* reemere permittitur; ast jus retractus locum non habet, nisi eo casu, *quando emtor rem emtam in tertium extraneum alterius transferre intendit*, unde si liberi succedant patri mortuo, vel pater etiam vivus liberis suis eam rem cedat, jus retractus nondum locum inuenit, quia hic non subest alienatio in tertium aliquem, vid Faber *in Codic. lib. 8. tit. 38. D. 21.* Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. iterum vendita.*

DISTINCTIO XII.

Inter jus retractus *ex lege*, & *ex conventione* competens.

HUjus distinctionis mentionem paulo ante injecimus sub *Dist. X. h. t.* quae adeo nunc

nunc aliquanto accuratius excutienda erit. Scilicet, si ex *ipsa lege* competit jus retractus, tunc res, contra legis dispositionem tertio vendita, a quocunque possessore iterum repeti potest, modo hoc intra annum a die adeptæ scientiæ, rem venditam esse, suscipiatur, *v.* 2. *Feud.* 26. §. *Titius.* Carpzov. *P.* 2. *C.* 32. *Def.* 2. unde hæc actio communiter etiam illis, quæ in rem scriptæ dicuntur, accenseri solet, Gail. 2. *Obs.* 19. *num.* 6. vid. Struv. *Jurispr. Rom. Germ. l.* 3. *tit.* 11. *aph.* 33. Idem est, si jus retractus *ex testamento* mihi competat, quamvis hic nonnulli, ut Carpzovius *P.* 2. *C.* 32. *D.* 9. dissentiant, vid. Struv. *l. c. aph.* 21. *in f.* Verum enim vero quotiescunque quis dicto jure *ex conventione* fruitur, tunc cautus esse debet, ut interveniat, antequam res vendita novo emtori tradita fuerit. Post traditionem enim jus retractus adhuc quidem effectum suum habet, non tamen talem, ut tertium possessorem convenire possim, sed contra illum solummodo, qui vendendo leges pacti violavit, actio ad interesse datur, idque intra 30. annos. Exceptio esset, nisi quis hypothecam sibi constitui curasset, vel pactum etiam commissorium adjecisset, tunc enim actione hypothecaria, vel ipsa rei vindicatione aduersus quemcunque possessorem intra tempus hisce actionibus præfinitum experiri liceret. conf. Illustr. Stryk. *de invest. action. sect.* 1. *membr.* 6. §. 24. 25. 26. Thom. Maul. *de emt. vendit. tit.* 7. *num.* 81.

81. Carpzov. *loc. cit. Def. 8. 9.* Struv. *alleg. loc. aph.* 21.

Deinde hoc quoque tanquam notabilis differentia obſervandum, quod jus retrahendi, ex pacto competens, cuilibet cedi poſſit, niſi ad perſonam paciſcentis reſtrictum ſit, Mod. Piſtor. *p.* 3. *qu.* 169. Maul. *d. l. tit.* 7. *num.* 46. quod ſecus in eo, quod ex legis diſpoſitione competit, Boër. *deciſ.* 159. Struv. *d. l. aph.* 23. & 32. qui etiam omnes caſus, quibus ex ipſa lege jus retractus competit, accurate recenſet *aphor.* 25. *ſeqq.*

LIB. XIIX. TIT. II.
De in diem addictione.

DISTINCTIO I.

Inter pacta, quæ *ex tunc* & quæ *ex nunc* venditionem factam reſolvunt.

TErmini hujus diſtinctionis paululum obſcuri ſunt, non tamen utilitate ſua deſtituuntur, ſi quis rite eos intelligit, & intelligi quoque debent, quoniam DD. iis communiter utuntur. Scilicet, ſi pacta venditionem reſolvunt *ex tunc*, tunc retrotrahuntur ad tempus initi contractus, & perinde habetur, ac ſi contractus nunquam celebratus fuiſſet, unde etiam ille, qui hactenus rem emtam

tam possedit, omnes fructus & accessiones una cum ipsa re principali restituere tenetur. Exemplum est in pacto addictionis in diem & L. commissoriæ, vid. *l.* 4. §. 4. *l.* 6. *pr. l.* 16. *ff. h. t. l.* 5. *l.* 6. §. 1. *ff. de L. commissor.*

Quoties vero venditio *ex nunc* resolvitur, v. g. in pacto de retrovendendo, toties emtor omnes ac singulos fructus, durante tempore retrovenditionis perceptos, irrevocabiliter retinet, nec venditori, qui postea rem vi hujus pacti recipit, ad eos consequendos ulla suppetit actio, conf. *l.* 2. *C. de pact. inter emt. & vendit. compos.* ibi: *habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem.*

DISTINCTIO. II.

inter addictionem in diem *tacitam* & *expressam*.

Taciti quidem & expressi eandem esse vim & efficaciam alibi diximus, & sic hoc intuitu nullus adlatæ distinctionis usus deprehenditur; exerit se tamen ille intuitu quæstionis: *annon interdum addictio in emtione subintelligatur, quamvis expressa non fuerit*? Hic distinguendum est, utrum vendita sit res a *privato* aliquo, an vero ab *ipso fisco*. Priori casu addictio in diem tacita nunquam subintelligitur, sed indistincte & necessario adiicienda est, si quis ejusdem effectibus perfrui velit; ast posteriori casu ejusmodi adiectio expressa non re-

requiritur, sed addictio in diem venditionibus fiscalibus ex legis dispositione jam inest, *l.* 21. §. 7. *ff. ad municipal. l.* 4. *C. de fid. & jur. hast. fisc.* ibique Gothofredus *in not.* Cujac. *l.* 2. *obs.* 24. modo tamen adjectio ab alio licitatore intra tempora subhastationi præfinita fiat, quæ tempora pro diversitate provinciarum admodum variant, v. Einleit. zum Civil-Proc. *c.* 35. §. 14. *sq.*

DISTINCTIO III.

Inter addictionem in diem sub conditione *suspensiva & resolutiva* factam.

Explicatur hæc distinctio in *l.* 2. *pr. ff. h. t.* Quod si enim partes dixerunt: *ut meliore conditione adlata* (ab emtione) *discedatur*, resolutiva; si ita: *ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur*, suspensiva conditio adest.

Usus practicus maxime in quæstione de sustinendis casibus fortuitis, rei venditæ accidentibus deprehenditur. Quod si enim per modum conditionis suspensivæ addictio in diem adjicitur venditioni, casus fortuitus, ea pendente accidens, ad venditorem pertinet, quia ipse adhuc fuit dominus; contra, si res sub conditione resolutiva alicui addicitur, dominium statim ad emtorem transit, & per consequens hic etiam ex natura dominii damnum fatale pati tenetur, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. & *l.* 4. *ff. h. t.* Dion. Gothofred. *ad d. l.* 2. §. 1. *h. t.*

Porro in priori casu emtor nec usucapit, nec

nec fructus percipit; bene tamen in posteriori, *dd. text*, modo scilicet melior non adferatur conditio, tunc enim omnia restituenda sunt. Quod & tunc obtinet, licet primus emtor ad idem solvendum paratus sit, quod tertius aliquis obtulit. Ad *idem*, inquam, solvendum. Quamvis enim Dn. Beyer. *in posit. h. t. posit.* 17. in ea opinione sit, *quasi in venditionibus privatis prior posteriorem in pretio superare debeat, & quod textus communiter afferri soliti aliud non probent*; nescio tamen, quid sibi velint verba Pauli *in l.* 8. *ff. h. t.* quando dicit, venditorem, meliore conditione adlata, priorem emtorem certiorem facere debere, *ut si quid* (non plus quam) *alius adjicit, ipse quoque adjicere possit.* Neque refragantur verba ejusdem Pauli *in l. prac. 7. h. t.* ibi: *nisi prior paratus sit plus adjicere*; hic enim τὸ *plus* non refertur ad illud, *quod secundus emtor obtulit*, sed ad pretium *ab ipso priori emtore oblatum*, cui nostræ opinioni præterea etiam praxis suffragatur.

DISTINCTIO IV.

Inter pactum addictionis verbis *directis* & *obliquis* conceptum.

PRius fit per verba resolutionem prioris contractus directo & ipso iure atque sine ullo emtoris facto intercedente inferentia, v. g. *res esto inemta, contractus esto nullus, liceat venditori rem suam vindicare, recipere, &c.* &

 tunc,

tunc, quamvis emtor rem sub hoc pacto emtam de facto interim alienaverit, venditor tamen eandem a quocunque possessore vi domi-nii sibi competentis vindicare poterit. Secus est, si verba ita concipiantur, *quod emtor, meliore conditione adlata, rem restituere teneatur, &c.* tunc enim venditori nuda personalis actio aduersus emtorem ad illam restitutionem faciendam competit. Unde est, quod suadet Illustr. Stryk. *in Caut. contract. sect.* 2. *Cap.* 8. §. 27. venditorem, si caute procedere velit, directis potius, quam obliquis verbis uti debere. Idem in reliquis pactis resolutivis observandum.

LIB. XVIII. TIT. III.
De lege commissoria.

DISTINCTIO I.

Inter L. commissoriam *cum die* & *sine die*.

Usus in eo consistit, quod *priori* casu mora sine ulla interpellatione contrahatur, cum & hic dies pro homine interpellet, quam tamen moram emtor tamdiu purgare potest, quamdiu venditor nondum declaravit, utrum jure suo uti velit, an minus. *Posteriori* casu ad id, ut emtor in mora consti-

tuatur, interpellatione sine dubio opus est, v. g. si dixerit emtor. Er wolle das Kauffgeld in kurzem bezahlen/hoc enim in puncto non consistit. Verum enim vero licet ita mora ex interpellatione oriatur, eam tamen usque ad litiscontestationem purgari posse, asserunt DD. conf. Lauterbach. *ad h. t.*

LIB. XVIII. Tit. IV.

De hereditate & actione vendita.

DISTINCTIO I.

Inter hereditatem *delatam* & *futuram*, & hanc vel *tertii certi*, vel *incerti*.

Hereditas jam delata non minus dispositioni nostræ subjacet, quam aliæ res, & ergo eandem quoque vendere sine dubio permissum. Ast in hereditate futura non item. Hic enim subdistinguendum, an vendatur hereditas tertii *certi*, utrum vero alicujus *incerti*. *Priori* casu venditio non est permissa, ob votum captandæ mortis, nisi tertius ille consentiat, & in eodem consensu persistat, vid. *l. ult. C. de pact.* Secus autem est *posteriori* casu, ubi eiusmodi præsumtum votum captandæ mortis cessat, & sic quoque ratio *all. l. ult.*

l. ult. deficit, in qua lege dicitur, pacta de hereditate tertii certi odiosa esse, & tristissimi & periculosi eventus plenissima, atque adeo contra bonos mores ea impingere, vid. Hartman. Pistor. *p. 4. qu. 1. n. 5. & 29.*

DISTINCTIO II.

Inter pacta de hereditate *conservativa, acquisitiva, restitutiva & renunciativa.*

PActa *conservativa* vocantur, quæ inter cognatos, jure successionis ab intestato jam alias gaudentes, interponuntur, eo fine, ne forsan a sperata successione per testamentum cognati excludantur. Talia sunt, quando e. g. filius metuit, ne a patre propter delictum, ex *Nov.* 115. admissum, exheres fiat, & propterea cum eodem paciscitur. Item, quando frater cum fratre pactum init, ne facto testamento extraneum instituat, vid. Struv. *S. J. C. Exerc.* 10. *th.* 11. *in fin.* Hæc ipso iure Romano (& sic multo magis moribus nostris) permissa esse ostendit Illustr. Stryk. *in tr. de success. ab intest. Diss.* 8. *Cap.* 12. §. 16. & 17.

Acquisitiva sunt, quibus novum plane jus successionis nobis obvenit, quod alias nec ex jure civili, nec ex prætorio habebamus. Hæc jure Romano militibus quidem permittuntur, *l.* 19. *C. de pact.* neutiquam vero paganis, idque, sive simplicia sint, sive reciproca, prout contra

tra Gailium, Musculum aliosque ostendit Id. *d. l.* §. 19. *seqq.* Sed quid moribus nostris? inter personas illustres, status scilicet imperii, aliosque imperio immediate subjectos, ea licita esse, unanimis DD. est assertio, unde pacta *confraternitatis* & *ganerbinatus* originem habent, vid. Hahn. *de jur. rer. conclus.* 74. *num.* 34. Myler. ab Ehrenbach *de Princ. & Stat. Imper. P.* 1. *c.* 25. §. 33. Strauch. *Dissert. Acad.* 3. *aph.* 7. de nobilibus mediatis idem asserit Nic. Betsf. *de pact. famil. cap.* 5. verum reclamat reliquorum cohors, & sic illis quoque, qui civici ordinis sunt, hoc jus ineundi pacta denegat. Rationem differentiæ adducunt, quia principes imperii legibus ciuilibus sunt soluti, & sic quoad succesfionem proprias leges sibi ipsis condere possunt, Betsf. *loc. cit. cap.* 4. Klock. *Tom.* 3. *Cons.* 150. *num.* 6. Illustr. Dn. Stryk. *cit. tr. Diss.* 8. *c.* 7. §. 19. quod aliter sese habet intuitu subditorum, quippe quos jus civile adhuc stringit. Concedunt tamen privatis pacta *inter coniuges* & *unionis prolium*, de quibus prolixe agitur in *d. Diss.* 8. *c.* 5. & 6.

Restitutiva pacta involvunt fideicommissum aliquod, dum de unius ex paciscentibus propria hereditate alteri paciscentium, aut illi, cui is vult, restituenda ineuntur. Hæc jure Romano jam licita fuisse probatur *cit. loc. cap.* 9. §. 4. & *cap.* 10. §. 37. hodie inter familias illustres præcipue frequentantur, unde bona *Majoratus*, seu *Senioratus*, *d. Cap.* 9. §. 7.

De-

Denique *renunciativa* vocantur, quando quis hereditatem, alias ad se pertinentem, sponte omittit, v. g. si filius propter acceptas studiorum impensas, vel filia propter acceptam dotem, reliquæ hereditati paternæ renunciat. De hac quidam disputant, utrum de jure Romano valuerit, annon, &c. non pauci negativam defendunt; verum enim vero ut rationes ab utraque parte adferri solitas prolixe hic recenseamus, instituti nostri non est, videsis Illustr. Dn. Stryk. *d. diss. 8. cap.* 12. §. 38. *seq.* qui affirmativam propugnat. Nobis sufficere potest, quod juxta mores hodiernos validitas ejusmodi pactis non denegetur, idque sive a privatis, siue ab illustribus personis celebrentur, vid. Carpzov. *p.* 2. *c.* 35. *def.* 8. Exempla habes in *cit. tr. de success. ab intest. diss.* 8. *c.* 10. §. 4. *seqq.* vid. Guttierez *in c. quamvis* 2. *de pact. in* 6. *verb. filia num.* 4. Struv. *Exerc.* 35. *thes.* 50. Id probe hic observandum, quod non nuda sufficiat renunciatio, sed quod ea juramento confirmari debeat, *c.* 2. *de pact. in* 6. Coler. *decis.* 38. adeo, ut assertionem bey Fürstlichen/Gräfflichen/ Adelichen Ehren/ item an Eydesstatt/ non sufficere statuant, Kellenbentz *de renunciat. success. quæst.* 3. secus de jure Saxonico communi, ubi tale juramentum non exigitur, sed sola renunciatio sufficit, Land-Recht *lib.* 1. *art.* 13. Richter *decis.* 69. *n.* 7. *seqq.* Struv. *cit. Exerc.* 38. *th.* 50.

DI-

DISTINCTIO III.

Inter venditum nomen *verum* & *bonum*.

Duplex in nominibus cessis moveri solet quæstio: (1.) *an revera debeatur?* & (2.) *an etiam debitor solvendo sit?* Ex affirmatione prioris, *veri*; ex posterioris autem, *boni* nominis prædicatum oritur. Non sunt hæc nuda saltem vocabula, ab otiosis metaphysicis inventa, sed effectum quoque post se trahunt. Quæritur enim: *an cedens ad utrumque, verum scilicet & bonum nomen, an vero ad alterutrum solummodo præstandum obligetur?* Respondet Ulpianus in *l. 4. ff. h. t.* si nomen sit distractum, *locupletem esse* debitorem, non debere præstare: *debitorem* autem *esse* debere præstare, nisi aliud convenit. Quod variis modis ampliant D D. scilicet, quamvis jam periculum tempore venditionis adfuerit, & venditor evictionem expresse promiserit, aut denique emtor ignoraverit, debitorem non esse solvendo, Frantzk. *ad tit. de evict. num.* 25. 27. *seqq.* Lenz. *de nom. cess. c.* 37. *Membr.* 7. 14. 15. *seqq.* Lauterbach. *ad h. t.* Exceptio est, nisi in dolo fuerit cedens, aut expresse promiserit, quod non solum *verum*, sed etiam *bonum* nomen emtori præstare velit, vid. Aut. *alleg.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter actionem *utilem* & *directam* a cessionario institutam.

U*Tilem* actionem illam vocant, quando cessionarius *sibi* obligatum esse dicit debitorem, *seque* creditorem appellat, & *venditionem*, *vel donationem tanquam titulum cessionis* allegat; e contrario autem *directam*, quando cessionarius *in personam cedentis* concludit, & *in ipsa* cessione sese fundat, Franc. Caldas *de emt. vendit. c. 24. num. 28.* B. Brunneman. *de ceff. act. c. 5. num.* 19. Subtiliter satis! unde videri poterat, hic idem applicandum esse, quod alias de distinctione inter actiones directas & utiles diximus, eam mere theoreticam esse, & nullum omnino in praxi usum præstare; sed nescio, quo fato evenerit, quod communiter D D. hac parte adhuc utilitatem aliquam adesse asserant.

Scilicet usus juxta eos conspicitur (1.) *intuitu reconventionis a debitore cesso instituta.* Quod si enim directa egerit actione cessionarius, ad eandem respondere tenetur; secus, si utili, vid. Brunneman. *d. c. 5. num.* 10. *&* 11. ubi tamen prius in eo casu limitatur, si cessio necessaria fuerit, aut voluntaria quidem, sed tamen ex causa onerosa profecta, modo absit dolus, & læsio debitoris cessi hic non expresse inten-

intendatur, quæ & ſimiles limitationes totam fere regulam abſorbent.

(2.) *Intuitu exceptionum, quæ ceſſionario opponi poſſunt.* Exceptio enim, quæ cedenti obſtabat, indiſtincte etiam ceſſionario opponitur, ſi actionem directam inſtituit. Verum, ſi actione utili experitur, actiones, ipſam rem concernentes, ſolummodo admittere tenetur, v. g. ſolutionis, compenſationis, (quas fuſe recenſet Brunneman. *d. tr. cap. 6. num. 29.*) non autem eas, quæ qualitatem perſonæ cedentis reſpiciunt, v. g. competentiæ. Hinc ſi v. g. ſocius contra ſocium ipſe ageret, frueretur reus condemnatus hoc competentiæ beneficio; verum ſi actionem eam extraneo cedit, & hic actione utili experitur, reus beneficio ſuo excidit. Dura ſane aſſertio, quam propterea recte perſtringit Id. *d. c. 6. num. 21. 22.* Limitant illam, ſi actio titulo lucrativo ſit translata, vid. Joh. a Sande *de ceſſ. act. cap. 13.* Franc. de Caldas *de emt. & vend. cap. 24. num. 56.*

Reliqua, v. g. quod actio directa ſit *nativa*, & ex ceſſione ſeu mandato oriatur: utilis autem *dativa*, quæ ab imperatore, (antiquam ſubtilitatem tollere volente, vid. *l. 5. C. de hered. vel act. vendit. l. 1. inf. C. de O. & A.*) data eſt iis, qui iuſtum titulum absque actuali ceſſione habent: item: quod directa expiret morte cedentis, non utilis: nec non, quod ceſſionarius ipſum cedentem intuitu ceſſionis

utili

utili quidem, non vero directa actione convenire possit, vid. Brunneman. *d. c. 5. num. 6. seqq.* leviora esse videntur.

Vides ergo B. L. eam esse interpretum sententiam, quod melius faciat cessionarius, si actione utili, quam si directa experiatur. Ergo illa quoque semper eligenda erit, id quod in dubio etiam factum esse præsumitur, præcipue si herba betonica, famosa illa clausula salutaris, libello adjecta est.

LIB. XIIX TIT. V.

De rescindenda venditione & quando licet ab emtione discedere.

DISTINCTIO. I.

Inter læsionem *modicam*, *enormem* & *enormissimam*.

Modica vocatur, quæ est infra dimidium: *enormis*, quæ est ultra dimidium, id est, quando vel emtor plus quam duplum solvit, vel venditor ne dimidiam quidem justi pretii partem accepit: *enormissimam* appellant, quando læsio ultra triplum, quadruplum, &c. adest.

Ob *modicam* minorennes quidem restituuntur, modo non plane sit minima, non autem majores, prout ex *tit. de minor. 25. ann.* con-

constat; verum ob enormem & enormissimam majorennibus etiam succurrunt leges. Hac parte ergo inter enormem & enormissimam nulla adest differentia. Nec illud alicujus momenti videtur, quod dicit Carpz. *p. 2. const. 34. def. 7. princ.* læsionem enormissimam contractum *ipso iure nullum* reddere; propter enormem autem *restitutione civili* ex *l. 2. C. de resc. vend.* opus esse; hoc enim legum autoritate destituitur, quæ ob *præsumtum* dolum contractum pro nullo nunquam declarant, sed solum ob dolum verum. Ergo hoc unicum remanet, quod nempe, si quis beneficio rescindendi contractum ob læsionem renunciat, ea renunciatio in dubio saltem de enormi intelligenda sit, non autem de enormissima, quippe de qua probabiliter non cogitavit renuncians, ad non cogitata autem renunciatio extendi nequit. Idem est, si majorennis iuravit, se contractum servaturum esse; tunc enim iuramentum infert quidem renunciationem læsionis enormis, neutiquam vero enormisssimæ, vid. Barbos. *ad l. 2. C. h. t. num.* 130. Frantzk. *l. 1. resol.* 4. *num.* 25. & 31.

Equidem nonnulli putant, quod ob læsionem enormissimam etiam tertius possessor conueniri possit, non vero ob enormem, vid. Berlichium, Barbosam & quos prætereat citat Lauterbach. *ad h. t.* verum hæc differentia iterum autoritate iuris destituitur, nec leges a

Lauterbachio tanquam obstantes allegatæ, *l.94. §.1. ff. de leg.1. l.13. §.1. ff. de minor.* & *l.67. ff. de contrah. emt.* ad hanc quæstionem in specie pertinent, sed ad eam in genere: annon ob læsionem tam enormem, quam enormissimam in subsidium tertius conveniri possit? quod quamvis generaliter ex dictis textibus probari nequeat, a DD. tamen in praxi conceditur, Struv. *S.I.C. Ex.23. thes.* 92.

Lib. XIIX. Tit. VI.
De periculo & commodo rei venditæ.

DISTINCTIO I.
Inter venditionem *perfectam* & *consummatam*.

P*Erfectio* venditionis ex declaratione consensus reciproce facta, *consummatio* autem ex subsequente traditione dependet. Quoad facultatem poenitendi, commodorum perceptionem & onerum præstationem inter utramque nihil interest, hæc omnia enim semper ad emtorem pertinent, sive perfecta fuerit venditio, sive consummata. Unica saltem adest differentia, scilicet *intuitu actionis realis* instituendæ. Hinc si ante traditionem

tionem res vendita ad tertium possessorem pervenit, emtor contra eundem non potest instituere actionem realem, sed venditor, quia jus vindicandi demum ex traditione consequitur emtor. Et hinc non absolute, sed hoc saltem respectu venditor ante traditionem adhuc dicitur dominus in §. 3. *J. de emt. vend. ibi: utique tamen rei & condictionem exhibere debebit emtori: quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est*, ex quo §. nec non ex *l. 20. C. de pact.* & ex *arg. l. 3. pr. ff. de O. & A.* Lauterbach. proinde ad *tit. ff. de acquir. rer. dom.* male infert, quod thesaurus, ante traditionem in fundo vendito repertus ad venditorem pertineat, hic enim respectu emolumentorum non est dominus, *v. d.* §. 3. *J. de emt. vend.* Fluit vero ex adductis, quod si venditor ante traditionem rem venditam tertio alicui denuo vendat, primus emtor contra hunc secundum actionem etiam non habeat, sed saltem contra venditorem ad interesse.

Ergo, ut binis verbis summam rei exhibeamus: venditio *perfecta* actionem personalem contra solum venditorem: *consummata* autem realem adversus quemcunque possessorem rei venditæ producit.

Lib. XIX. Tit. II.
Locati conducti.

DISTINCTIO I.

Inter locationem *rerum* & *operarum*.

IN locatione rerum locator ad usum rei concedendum *præcise* obligatur, vid. Zoesius *h.t. num.* 5. *inf.* at vero in locatione operarum liberatur, modo interesse præstet. Porro: locatio operarum non transit ad heredes, quia utplurimum industria personæ est electa; secus in locatione rerum, quæ ad heredes utriusque transit, tam locatoris, quam conductoris, ob defectum modo adductæ rationis. In locatione operarum interdum præstatur culpa levissima, si quis tanquam artifex aliquid expedire obstrictus est, *l.* 25. §. 7. *ff. h. t.* sed in locatione rerum præter levem culpam nihil exigitur. In locatione operarum interdum aliquis ad operas alteri præstandas invitus cogi potest, sic v. g. rustici (licet non sint homines proprii) operas, quas locandas destinarunt, nondum tamen alicui in specie promiserunt, tenentur easdem dominis suis præ aliis locare, modo dominus eodem tempore illas exigat, eandemque mercedem offerat, vid. Carpzov. *P.* 2. *Const.* 51. *def.* 9. verum ad locationem rerum nemo unquam compellitur. &c.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter locationem *operarum* & *operis*.

Locationem *operarum* vocant, quando operæ nudæ & indeterminatæ, v. g. a famulis noſtris & ancillis promittuntur; *Operis* vero, quando operæ ad certum aliquod opus perficiendum ſunt deſtinatæ, v. g. ut faber lignarius, vel murarius, integrum ædificium, aut partem aliquam extruat. Jam ulterius ita pergunt D D. in locatione *operarum* is dicitur locator, qui uſum rei, vel operas præſtat, & mercedem accipit, conductor vero, qui pro uſu rei vel opera mercedem ſolvit. Sed in locatione *operis*, qui eſt locator operæ ſuæ, der ſeine Arbeit verdinget / ille dicitur conductor reſpectu operis faciendi, v. g. ædium; qui vero eſt conductor operæ, der etwas machen läſt / ille dicitur locator reſpectu operis, des Dinges / das Er machen läſt / & hic mercedem ſolvit, ita hoc explicat Rebhan. *Hodeg. jur. chart. 2. clim.* 4. §. *10.* & ex eo Hopp. *Exam. J. h. t. qu.* 3. aliique.

Subtilia inventa, fateor, ſed ita ſubtilia, ut propter ſubtilitatem ſuam omnem in foro utilitatem amiſerint. An enim exinde, quod locator operæ intuitu operis, ad quod operas ſuas locat, conductor vocatur, novum jus, aut nova obligatio, aut alius aliquis novus atque peculiaris effectus profluit? Ego ſane hactenus non vidi ullum, qui hoc demonſtraſ-

ſet. Hinc ſufficere poteſt, modo quis ſciat: *locatorem* vocari illum, qui mercedem accipit, & hoc ſine diſtinctione, utrum locatio operaconductorem autem, qui mercedem ſolvit, rum, operis, aut rerum adſit.

DISTINCTIO III.

Inter locationem *regularem* & *irregularem*.

IRregularis in l. 31. ff. h. t. appellatur, quando res aliqua locatur, non ut eadem, ſed ut ſimilis, vel ejusdem generis redderetur, veluti cum argentum puſullatum fabro daretur, ut vaſa fierent, aut aurum, ut annuli. Et hoc caſu dominium transfertur, quod ſecus in regulari. Poſſes etiam ad irregularem locationem referre, quando *non nummo, ſed partibus locavit* aliquis, dicente Plinio *lib. 9. Epiſt. 37.* id eſt, quando colonus non certam mercedem, in pecuniá numerata conſiſtentem, nec certam fructuum quantitatem, ſed incertam, ſeu partem *quotam*, v. g. ſemiſſem, trientem &c. ejus, quod natum fuerit, locatori ſuo præſtat, qui in *l.* 25. §. 6. *ff. h. t. colonus partiarius* dicitur. Hic enim revera adeſt ſocietas. Unde conductor culpam levem in concreto ſolummodo præſtat, non in abſtracto, ut alias. Quod ſi etiam maximum lucrum conſequeretur colonus, locatori ejus partem præſtare tenetur, & e contrario locator etiam minimum da-

damnum pro rata ferre obstrictus, quod in societate regulari utrobique secus se habet, *v. d. l.* 25. §. 6. *ff. h. t.* Posses etiam hoc addere, quod hæc conductio irregularis non transeat ad heredes, vid. Gothofred. *ad d. l.* 25. conf. de colono partiario Mantica *de tac. & ambig. convent. l.* 5. *tit.* 2. *num.* 26.

DISTINCTIO IV.

Inter *colonum* & *inquilinum*.

QUi agrum conduxit, vel aliud prædium rusticum, *colonus*; qui ædes, *inquilinus* dicitur. Ita theoretice differunt, sed adest etiam usus practicus, scilicet *in relocatione tacita.* Intuitu inquilini enim relocatio saltem fit ad illud tempus, quo conductor ultra tempus ab initio determinatum in re conducta mansit, unde si prima locatio ad annum inita fuit, relocatio non statim quoque ad annum inita censetur, sed ad sex, vel plures septimanas, quousque scilicet inquilinus permansit, *l.* 13. §. *fin. ff. h. t.* sed in colono aliud observatur. Quia enim in prædiis rusticis fructus non quotidie percipiuutur, ut in urbanis, sed integro demum anno elapso, hinc locatio quoque ad annum renovata esse præsumitur, *d. l.* 13. §. *fin. h. t.* Interdum quoque ad triennium, vel quinquennium, quando fructus in omnibus campis non possunt perfecte, nisi exacto demum triennio, percipi, vid. Frantzk.

ad h. t. num. 18. Brunneman. *ad d. l.* 13. *ff. h. num.* 16. qui quæstiones huc pertinentes fuse pertractat.

De jure Romano etiam non levis effectus huius distinctionis in eo deprehendebatur, quod res *inquilini* locatori tacite obligatæ erant, in securitatem mercedis ab inquilino solvendæ, *l. 4. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. contr.* non vero res *coloni, d. l. 4.* Hodie autem DD. hanc differentiam cessare, & res coloni non minus, quam inquilini, locatori tacito pignoris vinculo obstrictas esse asserunt, vid. Mev. *P. 4. decis.* 127. qui etiam adlatam differentiam ne quidem legibus Romanorum convenire dicit, quamvis de hisce assertionibus ego adhuc dubitem.

DISTINCTIO V.

Inter conductorem rerum *privatarum* & *fiscalium* s. publicarum.

Conductores rerum privatarum finito contractu & tempore in eodem determinato non obligantur, ut ulterius inviti conductionem continuent. Pacta enim & hic dant legem contractui. Verum, si conductor vectigalium maximos fructus consecutus sit, & vectigalia tanta mercede postea locari non possint, tunc invitus ad conductionem continuandam cogitur per *l. 11. §. fin. ff. de publican.*

Pere-

Peregrin. *de jur. fisc. l. 6. tit. 5, n. 9.* Boër. *decis. 249. num. 2.*

Qui bona civitatum (quo pertinent etiam fiscalia) durante conductionis tempore fructuosiora reddidit, ipsi deinde prærogativa præ aliis competit, si conductionem continuare velit, H. Pistor. *obs. 162. num. 8. ob l. congruit. 4. C. de locat. prædior. civil.* Brunnem. *ad l. 11. ff. ff. de Publican.* quod secus in conductoribus rerum privatarum.

Tutores & curatores vectigalia conducere nequeunt, donec rationes reddiderunt, & si forte dissimulato munere conduxerint, pœna falsi coercentur. *l. un. C. ne tutor. vel curat. vectig. cond. l. 49. ff. locati.* sed a conductione rerum privatarum nemo, & sic neque tutores & curatores arcentur, vid. Struv. *Exerc. 39. thes. 37.*

Qui vectigalia conduxit, eo ipso pro patrefamilias habetur, & sic in eo cessat SCtum Macedonianum, per *l. 3. §. 1. ff. ad SC. Maced.* aliud, si filiusfam. privata prædia conduxit, Struv. *loc. cit.*

DISTINCTIO VI.

Inter locationem ad tempus *longum* & *modicum* factam.

USum in eo constituunt, quod locatio ad tempus *longum* facta, in conductorem speciem dominii cuiusdam utilis transferat,

vid. Carpzov. *l.* 5. *Resp.* 17. *num.* 10. Garſ. *de Expenſ. c.* 14. *num.* 1. *ſeqq.* aliosque plures; quod ſecus eſt in ea locationis ſpecie, quæ ad brevius tempus initur. Quamvis vero hæc DD. opinio principiis juris aperte contrarietur, cum ſcilicet locatio ab initio non ſit titulus ad transferendum dominium habilis, & ſic quoque ex poſtfacto eam habilitatem conſequi non poſſit, conf. l. 39. *ff. h. t.* nihilominus tamen ad evitandas lites tanquam cautelam commendat Illuſtr. Stryk. *de Caut. contr. ſect.* 2. *c.* 9. §. 6. *ne locatio ultra novem annos fiat, vel ſi in longius tempus eadem placuerit, ut addatur pactum, de locatione quovis novennio renovando.*

LIB. XIX. TIT. III.

De æſtimatoria.

DISTINCTIO I.

Inter contractus innominatos *regulares* & *irregulares*.

AD *priores* referunt contractum *do ut des: facio ut des: do ut facias: facio ut facias*: ad *poſteriores* autem contractum *permutationis* & *æſtimatorium*. Irregulares autem ideo hi duo vocantur, quoniam aut contractus nominatos quam proxime accedunt, ſimulque nomen aliquod habent, vid. Lauterbach.

bach. *Comp. jur. tit. de contr. innomin.* Paulo aliter Struv. *Exerc.* 25. *th.* 2. Quemadmodum vero supra *ad tit. de pactis* differentiam inter contractus nominatos & innominatos in genere rejecimus, quia facultas pœnitendi nec in his nec in illis locum amplius invenit, prout contra dissentientem sibique ipsi contradicentem Carpzovium *P.* 2. *C.* 33. *Def* 23. & contra alios jamdum ostendit Illustr. Dn. Stryk. *de investig. act. membr.* 7. §. *3.* ita quoque præsentis distinctionis nullam omnino in foro hodie utilitatem esse, intrepide asserimus. Ex irregularibus non minus, quam regularibus, oritur actio præscriptis verbis, & in neutra classe pœnitere amplius licet; conf. Id. *loc. cit.* §. *8.* Præterea inter contractum permutationis & do ut des nullam revera intercedere differentiam, jam alii monstrarunt, unde unicus saltem irregularis manet contractus innominatus, æstimatorius scilicet.

Cum DD. sub hoc titulo de materia æstimationis in genere agere soleant; hinc subjungenda quoque fuit

DISTINCTIO II.

Inter æstimationem *venditionis* & *taxationis* causa factam.

Prior dominium rei æstimatæ in accipientem transfert, & per consequens omnes ejusdem effectus, commodum scilicet & incom-

commodum, ipsumque casum fortuitum. Neque etiam danti, licet restituto, pretio rem æstimatam iterum recipere, sed accipiens illam invito dante retinere potest. *Posterior* huncce saltem scopum habet, ut si forsan accipiens rem æstimatam deterioraverit atque corruperit, dans eo melius interesse, quod hoc nomine prætendit, probare possit. Sic v. g. res alteri concessa a peritis 100. thal. æstimatur: accipiens istam admodum deterioratam restituit, unde facta restitutione ab iisdem peritis 60. thal. solummodo æstimatur; patet hinc statim, dantem 40. thal. interesse nomine petere posse.

Sed quæritur hic, quid *in dubio* præsumendum sit: *utrum scilicet æstimatio venditionis, an saltem taxationis causa contractui adjecta fuerit?* Puto, hanc quæstionem ex vulgata regula: quod accessorium naturam sui principalis sequatur, facile decidi posse. Scilicet contractus, quibus adjicitur rei æstimatio, vel *est habilis ad transferendum dominium*, vel *non est*. *Priori* casu, æstimatio venditionis causa facta esse præsumitur, & huc præcipue refertur contractus dotis, *l.* 15. *ff. de jur. dot. l.* 10. §. 4. *ff. eod.* quia maritus dominus rerum dotalium per hunc contractum efficitur. Ex quo patet, quod si in pactis dotalibus hæc clausula deprehendatur: Es bringe die *Caja* dem *Sempronio* ein Hauß *nomine dotis* zu/ welches hiemit auf 2000. Rthl. angeschlagen werde; quod, in-

inquam, hoc casu, si illæ ædes per incendium aliumque casum fortuitum pereant, damnum ad maritum pertineat, & hic nihilominus ad restituendos istos 2000. thal. sit obligatus. E contrario autem hoc commodum, v. g. in Saxonia ad ipsum pertineret, quod mortua uxore totam summam tanquam heres mobiliaris lucretur, cui lucro absque facta æstimatione locus non fuisset, vid. Carpzov. *P.* 3. *C.* 23. *def.* 26. Potest etiam tunc maritus libere de fundo dotali disponere.

Posteriori casu, si scilicet æstimatio adjicitur contractui ad transferendum dominium inhabili, v. g. locationi, commodato, deposito, pignori, &c. tunc taxationis gratia hoc factum esse censetur. Non leviter quidem obstare videntur verba *l.* 5. §. 3. *ff. commod. & si forte res æstimata data sit, omne periculum præstandum;* verum enim vero verba immediate subsequentia: *ab eo, qui æstimationem se præstaturum recipit,* liquido ostendunt, dictam *legem* de eo casu loqui, quando accipiens per *expressum* pactum periculum adjecta æstimatione rei traditæ in se recepit; at nos in præsenti de eo disquirimus, quid *in dubio* præsumendum sit. Idem responderi potest ad *l.* 3. *& ad l.* 54. §. *f. ff. Locati.* Quo pertinet, quod addit Lauterb. *h. t. si tamen hisce in casibus fuerit conventum, ut res incorrupta, vel ejus æstimatio restituatur, tum omne periculum pertinet ad accipientem.* Plurima scitu necessa-

cessaria de æstimatione dotis v. apud Mevium *ad jus Lubec. lib.* 1. *Tit.* 5. *art.* 8. *n.* 21. *seqq.* ubi in specie & hoc tradit, dotem æstimatam venditionis gratia datam censeri, si æstimatio, vel pretii determinatio, arbitrio boni viri committitur. Ceterum supponitur, maritum solvendo esse, *ib. n.* 31. unde in casu inopiæ, uxor rem dotalem æstimato datam nihilominus vindicat. Add. Rauchbar. *p.* 2. *qu.* 29. Gometz *var. resolut. l.* 2. *c.* 7. *num.* 1. Panormit. *in c. un. X. de commod. n.* 23. & præ aliis Brunnem. *ad d. l.* 5. §. 3. *ff. commodati num.* 5. *sqq.* Mascard. *de probationib. conclus.* 1664. Burgund. *de peric. & culp. cap.* 12.

LIB. XX. TIT. I.

De pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de pactis eorum.

DISTINCTIO I.

Inter pignus *legale* (tacitum) & *conventionale* (expressum.)

PIgnus *legale* certæ tantum personæ habent, v. g. liberi in bonis parentum ratione adventitiorum: pupilli in bonis tutorum, & universitates in bonis administratorum: locator in rebus ab inquilino illatis & in

& in fructibus a colono perceptis, legatarii, uxores, &c. de quibus late Brunnem. *Proc. Conc. Cred. cap.* 5. §. 51. aſt *conventionale* omnes creditores habere poſſunt,

Qui ad pignus *legale* provocat, certum iuris textum proferre tenetur, in quo hoc ipſi conceditur, & tunc nulla conventione opus eſt: aſt qui *conventiule* pignonas prætendit, jus ſuum ex ſpeciali contractu pignoratitio adſtruere tenetur, non enim pro ſe hac parte præſumtionem habet. Ex quo ſimul patet, omni fundamento deſtitui eorum opinionem, qui jus tacitæ, vel legalis hypothecæ etiam aliis nonnullis concedunt, quorum tamen leges nullam mentionem iniiciunt, v. g. quod dominus in bonis furis reliquis, iuxta Carpzov. *P.* 4. *Conſt.* 39. *D. ult.* nec non quod deceptus in bonis eius, qui animo novandi transactionem doloſe ſuſcepit, tacitum pignus habeat, quod vult Berlich. *P.* 1. *Concl.* 67. *num.* 91. quamvis enim forte allegarent, æquitatem tamen poſtulare, ut hiſce perſonis ſuccurratur; ego tamen reſponderem, æquitatem etiam poſtulare, ut omnibus & ſingulis creditoribus ſatisfiat, & ergo omnibus creditoribus etiam jus tacitæ hypothecæ adſcribendum fore, quod tamen abſonum eſſe quilibet facile perſpicit, conf. Brunnem. *loc. prox. cit.*

DI-

DISTINCTIO II.

Inter pignus legale *purum* & *mixtum*.

PUrum vocant, ubi nullum factum eius præcedit, in cujus bonis pignus competit: *mixtum* e contrario ubi aliquod factum præcedit, non autem tale, quod ad constitutionem pignoris liquido tendit, & huc referunt pignus locatori in rebus inquilini competens, non omnibus, sed illis, *quas in ædes conductas intulit*, *illatio* enim est illud factum, ex quo dicta mixtura profluit, vid. DD. passim. Sed si dicendum quod res hæc est, distinctio mere theoretica esse nullamque in foro utilitatem producere videtur. Utrumque enim, & purum & mixtum pignus, eundem ubique effectum post se trahit.

DISTINCTIO III.

Inter pignus *judiciale* & *prætorium*.

PRior propter præcedentem rem iudicatam per pignorum captionem, vel per missionem in possessionem bonorum in illius bonis constituitur, qui sententiæ sponte parere recusat, *l. 2. & 3. C. si in caus. judic. posterius* autem ante sententiam per missionem ex secundo decreto, enm in finem, ut reus in judicio se sistere per indirectum cogatur, *t. t. ff. quib.*

ex

ex caus. in poss. eat. Hæc distinctio ex diverso prætoris & judicis pedanei officio profluxit, atque adeo hodie apud nos in sensu juris Romani nullam utilitatem habere potest.

DISTINCTIO IV.
Inter *pignus* & *hypothecam*.

VUlgus, auditis *pignoris* & *hypotheca* vocabulis, differentiam in eo quærere solet, quod *pignus* in rebus mobilibus, *hypotheca* autem in immobilibus constituatur, quam opinionem etiam veteri juri non adeo adversam esse existimat Dn. Beyer. *Pos. ff. h. t. ab init.* sed hodie quidem illa explicatio locum amplius non invenit, ubi unice ad id respiciendum est, utrum res obligata creditori simul tradita fuerit, an non; quod si enim traditio non accessit, *hypotheca*, si vero res tradita, *pignus* vocari consuevit, vid. §. 7. *J. de act. l.* 1. *ff. de pign. act.* ibique Dion. Gothofr. *in not.* qui simul *l.* 238. §. 2. *ff. de V. S.* explicat, quamvis & hæc lex de jure veteri intelligi possit. Interim libenter fatemur, regulas prudentiæ exigere, ut intuitu rerum mobilium obligatarum non in nuda conventione acquiescamus, sed præterea traditionem quoque urgeamus, quia alias in loca dissita facile transferrentur, & sic jus persequendi nobis difficillimum reddi posset, unde etiam hoc forte per vocem: *proprie*, (id est, quod communiter fit) respexit JCtus in *cit. l.* 238. §. 2. *de V. S.*

Usus in eo se exerit, quod propter hypothecam detur actio hypothecaria, non autem propter pignus. Ceterum vero eosdem effectus in securitatem creditoris utrumque producit, & huc pertinet *l.* 5. §. 1. *ff. h. t.*

DISTINCTIO V.

Inter hypothecam *generalem* & *specialem*.

HÆc distinctio maximam sine dubio in foro præbet utilitatem. Exprimamus rem verbis. B. Strykii *de Caut. contr. sect.* 2. *cap.* 4. §. 16. Utraque, dicit, sua habet commoda & incommoda. Qui enim generali hypotheca gaudet, ex universis debitoris bonis eam eligere potest, ex qua commodissime debitum suum se consequi posse existimat, quamvis illa res alteri cuidam specialiter obligata fuerit, *l.* 2. *pr. ff. qui pot. in pign.* ast, qui specialem solummodo habet, illi in reliquis debitoris bonis nihil juris competit, & hinc sæpe in classem chirographariorum rejicitur, quando scilicet res specialiter obligata vel periit, vel ab aliis creditoribus consumta est, vid. Brunneman. *Proc. concurs. cred. cap.* 5. §. 66. E contrario autem specialis hypotheca magis afficit rem obligatam, & ad hoc prodest, ut si debitor postea hanc rem distraxerit, creditor statim tertium ejusdem possessorem convenire possit, ita ut hic exceptione excussionis se tueri nequeat,

queat, quod aliter in hypotheca generali propter *Nov.* 4. *c.* 2. quamvis hic dissentiant Frantzk. *lib.* 1. *resol.* 12. & Struv. *S. J. C. Ex.* 26. *th.* 38. qui juxta hanc opinionem judicatum fuisse dicit. Habes ergo hic opinionem communem contra communem, unde quæ in quocunque foro recepta sit, dispiciendum erit illi, qui manum praxi admovere intendit.

DISTINCTIO VI.

Inter actionem *servianam* & *quasi servianam.*

PRior est specialis, competens eo saltem casu, quando locator prædii rustici hypothecam in rebus coloni sibi expresse constitutam, vel in fructibus etiam tacite competentem adversus quemcunque possessorem persequitur, §. 7. *J. de act.* *l.* 7. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth.* *Posterior* autem reliquis creditoribus omnibus datur, *d.* §. 7. *l.* 16. §. 3. *ff. h. t.* Cum ergo hæ duæ actiones *nudo saltem objecto* differant, in effectu autem prorsus conveniant; hinc patet, adlatæ distinctionis nullum omnino in praxi usum esse; unde etiam apud practicos servianæ & quasi servianæ actionis nulla plane fit mentio, sed hi vocabulo generali *actionis hypothecariæ* contenti esse solent.

LIB. XX. TIT. IV.

Qui potiores in pignore, vel hypotheca habentur.

DISTINCTIO. I.

Inter hypothecam *publicam* & *privatam*.

PEr *publicam* non ſolum ea indigitatur, quæ in judicio, ſed etiam, quæ extra judicium, in præſentia tamen trium teſtium (maſculorum, integræ fidei & manum ſuam in judicio recognoſcentium juxta Guttierez *l.* 3. *qu.* 102. *num.* 2. *ſeqq.*) conſtituitur, *l.* 11. *C. qui pot. in pign.* Et hæc hypotheca omnibus privatis, licet priores ſint, in concurſu creditorum præfertur. Idem in Saxonia quoad iudicialem, at vero ea, quæ coram tribus teſtibus conſtituitur, ejusmodi prælationem in immobilibus ibi non tribuit, quia hæc non aliter, niſi in judicio, valide obligari poſſunt, vid. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. cap.* 5. §. 45 *ibique in not.* Quod ſi de cetero duæ hypothecæ publicæ concurrant, ex prioritate temporis eædem dijudicantur.

LIB.

LIB. XXI. TIT. I.

De ædilitio edicto & redhibitione & quanti minoris.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *redhibitoriam* & *æstimatoriam* s. *quanti minoris*.

Differunt hæ duæ actiones triplici modo:

I. Actio *redhibitoria* ob tale vitium competit, quod *omnem* prorsus rei emtæ, vel ex alio contractu oneroso acceptæ usum impedit, unde si hoc vitium statim ab initio scivissemus, rem *plane non* comparassemus: *Æstimatoria* autem propter vitium, quod usum speratum *quadantenus* intercipit, unde quamvis ab initio de eo constitisset, rem nihilominus quidem emissemus, *minori* tamen pretio. Utriusque exempla passim adducuntur in legibus sub hoc titulo extantibus. conf. *l.* 1. §. 8. *ff. h. t.* Wesenbec. *Parat. ff. h. t. num.* 9.

II. In actione *redhibitoria* simpliciter ad contractus *rescissionem* agitur, vid. *l.* 60. *ff. h. t. æstimatoria* autem id saltem urget, ut venditor, *salvo manente contractu*, illud restituat, quod ultra verum rei pretium *pluris* accepit, vid. *l.* 61. *ff. h. t.* Quod vero D D. dicunt, in electione actoris positum esse, an velit actione red-

hibitoria, an vero quanti minoris agere, vid. Struv. *Exerc.* 27. *th.* 10. id de eo solum casu intelligo, si vitium adest, quod *omnem* rei emtæ usum impedit; at si ob levius vitium emtor ad rescissionem contractus, sive ad redhibitionem agere velit, hoc ipsi non concedetur.

III. Actio *redhibitoria* præscribitur spatio *sex mensium* a die contractus vel promissionis, *l.* 19. §. *f. ff. h. t. æstimatoria* autem intra *annum* demum a die scientiæ, *d. l.* 19. *l.* 2. *C. h. t.* Struv. *l. c. thes.* 11.

LIB. XXII. TIT. I.

De usuris & fructibus & causis & omnibus accessionibus & mora.

DISTINCTIO I.

Inter usuras *punitorias*, *compensatorias* & *lucratorias*.

P*Unitoriæ* vocantur, quando ab initio nihil quidem promissum, sed usus pecuniæ alteri ad certum tempus gratis concessus fuit, at vero debitor terminum solutionis, ipsi præfixum, non observavit, sed pecuniam ultra tempus a contrahentibus determinatum retinuit, inque usus suos convertit, vid. *l.* 17. §. 3. *h. t.* huc pertinet etiam, si quis, v. g. socius, pecuniam communem sine alterius socii volun-

lun-

luntate invaserit, de quo casu in *l.* 1. §. 1. *h. t.* Unde generaliter dici potest, punitorias usuras propterea persolvi, quod alter alterius pecunia absque ejus voluntate usus sit.

Compensatoria sunt, quando quidem creditoris voluntas adest, ipsi tamen simul aliquid decedit, quod e contrario debitori, qui re credita utitur, accrescit. Hæ ergo eadem ratione solvuntur, prout alias conductor mercedem pro usu rei nostræ mercedem persolvere consuevit, conf. Struv. *Exerc.* 27. *th.* 43.

Lucratorias denique describunt, quæ ultra normam, in legibus præscriptam, debitumque compensationis modum percipiuntur, vel etiam ab egeno, qui non ad lucrum, sed necessitatem adhibet pecuniam creditam, exiguntur, cum tamen nos absque dispendio nostro eum, credendo pecuniam absque usuris, juvare potuissemus.

Punitorias & *compensatorias* omni jure permissas esse, fatentur DD. communiter, *lucratorias* vero in classem prohibitorum referunt, vide quos allegat. Struv. *cit. th.* 43. Verum hoc ultimum non ita simpliciter concedi posse videtur. Quamvis enim illud per se pateat, lucratorias, si modum compensationis a magistratu præscriptum excedant, ad res illicitas pertinere: quamvis etiam absque dubio ille in conscientia, id est, in foro interno peccet, qui ab egeno homine pecuniam creditam ad meram necessitatem & non ad lucrum captan-

 dum

dum applicante, usuras percipit? interim tamen in foro externo non suppetit remedium, per quod aliquis hac parte ad exercendum officium charitatis compelli, & si contra illud peccavit, pœna condigna affici possit. Confirmat sententiam nostram B. Brunneman. *de jur. eccles. l. 2. c. 18. §. 44.*

DISTINCTIO II.

Inter usuras *mordentes & non mordentes.*

Mordentes nihil aliud sunt, quam quas modo lucratorias nominavimus, dilectionem proximi offendentes: *non-mordentes* autem, qui modo licito exiguntur. Hic ergo eadem repetenda erunt, quæ ad *prac. dist.* attulimus.

DISTINCTIO III.

Inter usuras ex *pacto* & ex *mora* debitas.

VTilitas in eo consistit, quod usuræ, ex pacto debitæ, adhuc peti possint, quamvis fors jam soluta fuerit, Carpzov. *P. 2. C. 30. Def. 13.* aliud obtinet, si ex mora solummodo debeantur; vid. Illustr. Stryk. *de caut. contr. sect. 2. cap. 1. §. 15.* Carpzov. *loc. cit. Def. 12.* olim in b. f. judiciis quidem solvendæ erant usuræ propter moram, non autem in actionibus stricti juris; sed ea differentia hodie cessat post *Rec. Imp. de*

de A. 1600. §. So viel nun/ in quo DD. facile consentiunt.

DISTINCTIO IV.

Inter fructus *naturales* & *industriales*.

USus in eo se exserit, quod usuarius *naturalibus* saltem frui possit, non autem industrialibus, unde in §. 1. *J. de usu & hab.* dicitur, eum nihil ulterius habere, quam ut *oleribus*, *pomis*, *floribus*, *fœno*, *stramentis* & *lignis* ad usum quotidianum utatur, add. *l.* 12. §. 1. & 2. *ff. eod.* Verum postquam in *ead. l.* 12. §. 2. usuario conceditur, quod industrialibus etiam uti possit, modo hoc modice fiat, & præterea servitus usus apud nos admodum rara est; hinc adlatæ distinctionis rarus etiam usus apud nos extra Saxoniam esse videtur.

DISTINCTIO V.

Inter fructus *naturales* & *ciuiles*.

N*Aturales* (qui hic industriales etiam sub se comprehendunt) singulis tantum annis regulariter percipiuntur, v. g. pyra, poma, frumentum, vinum, &c. Civiles autem quotidie, nam ædes, stabula, pecuniam; non ad integros annos, sed ad brevius etiam spatium, v. g. ad semestre, ad unum mensem, imo interdum & ad unam septimanam unumque di-

em alteri concedimus. Sunt autem *naturales*, qui *ex* ipso rei corpore proveniunt: *civiles*, qui *propter* rem percipiuntur. Hinc thesaurus, qui saltem *occasione* rei percipitur, ad fructus plane non pertinet.

Ostendamus jam nonnulla consectaria practica:

Scilicet usufructuarius, si ante finitum annum & sic ante perceptionem fructuum *naturalium* moritur, ad heredes suos nihil transmittit, *l. 13. ff. quib. mod. usufr.* *Civiles* vero pro dimidia, vel tertia anni parte, ubi usufructuarius decessit, inter heredes ipsius & proprietarium pro rata dividuntur, vid. *l. 26. ff. eod.* Ita jure Romano. Apud Saxones paulo aliter, vid. *Doctrin. ff. tit. de usufr. §. IX.*

Si quis vendit fundum, ex quo naturales fructus percipiuntur, tunc si venditio ante messem celebratur, ad emtorem; si post messem, ad venditorem integri fructus pertinent, *l. 13. §. 10. ff. de act. emt. & vend.* civiles autem, qui quotidie percipiuntur, pro rata temporis dividuntur inter emtorem & venditorem, usque ad tempus venditionis, vid. Lauterbach. *ad tit. ff. de act. emt. & vend.*

DISTINCTIO VI.
Inter fructus *pendentes* & *perceptos*.

Repetenda hic eadem, quae modo ad *praec. dist.* dicta fuerunt. Scilicet fructus naturales

rales pendentes ad proprietarium, percepti ad usufructuarii heredes pertinent. Aliud jure Saxonico, ubi eo respicitur, an semen rastro subactum fuerit, vid. Finckelth. *Obs.* 54.

Fructus pendentes ad emtorem, percepti autem ad venditorem spectant.

Colono ob damnum in fructibus pendentibus perpessum aliquid de pensione remittitur, non vero, si fructus jam percepti fuerunt, Gail. 2. *Obs.* 23. *num.* 12. *Sed quando hic dicuntur percepti?* Nonnulli allegati a Lauterbachio *ad tit. Locat. Cond.* requirunt præter separationem a fundo etiam collationem in horreis, v. Carpzov. *P.* 2. *C.* 37. *Def.* 20. *n.* 8. 9. quos sequitur Dn. Beyer. *Pos. ff. Locat. pos.* 53. *seqq.* sed in eorum castra transire non possumus ob §. 36. *J. de R. D.* ibi: *eadem fere & de colono dicuntur*, ubi antecedentia aperte monstrant, quod colonus & usufructuarius in hoc tertio comparentur, quod scilicet uterque fructuum dominus eodem modo fiat, reliqua enim, quæ de heredibus usufructuarii ibi habentur, ad colonum non quadrant, & propterea Imperator voculam: *fere*, adjecit.

Alia, ex iisdem principiis profluentia, facile suppleri possunt. Speciale quid est, quod fructus in fundo dotali pendentes soluto matrimonio inter maritum & uxoris heredes pro rata temporis dividantur, *l.* 5. & *l.* 7. §. 1. *ff. solut. matrim.* Finckelth. *Obs.* 54. *n.* 1. Gothofred. *ad l.* 22. *C. de R. V.*

DI-

DISTINCTIO VII.

Inter fructus perceptos *extantes* & *consumptos*.

USus hujus distinctionis tunc maxime deprehenditur, si quis rem aliquam cum fructibus vindicat. Eo casu enim quæritur: *an extantes solum, an vero consumpti etiam fructus domino vindicanti restitui debeant?* Respondetur distinguendo inter *bonæ* & *malæ fidei* possessorem. Prior extantes saltem restituit, non consumtos; §. 2 *J. de Off. J. l.* 22. *C. de R. V.* sed nec extantes, si sunt usucapti, *l.* 4. §. 19. *ff. de Usucap.* quamvis hodie communiter velint, etiam consumtos restituendos esse, in quantum b. f. possessor exinde locupletior factus est, Illustr. Stryk. *de invest. act. sect.* 1. *membr.* 2. §. 49. Malæ fidei possessor indistincte omnes fructus restituit, sive adhuc extent, sive consumti sint, cum ex consumtione non potuerit firmius jus consequi, quam antea quidem habebat. Ceterum hic non solum consumtio naturalis, sed etiam civilis intelligitur, quæ fit per translationem dominii in emtione, donatione, permutatione, &c. conf. Gothofred. *ad l.* 22. *C. de R. V.*

DISTINCTIO IIX.

Inter fructus *perceptos* & *percipiendos*.

QUando in *Dist. VI.* fructus percepti pendentibus opponebantur, tunc ad solum

actum

actum perceptionis, hic vero, ubi percipiendis opponuntur, ad *debitum modum* respicitur. Vocant enim percipiendos, qui revera quidem non sunt percepti, sed tamen debita diligentia adhibita facile percipi potuissent, & ab aliis patribusfamilias etiam percipiuntur. Quoad usum iterum inter b. & m.f. possessorem distingui oportet. Ille de percipiendis non tenetur, sed de perceptis solummodo, hic vero de percipiendis etiam, cum sibi imputare debeat, quod negligenter in ea re, quam tamen alienam esse sciebat, versatus sit, vid. §. 2. *J. de Off. J. l. 22. C. de R. V.*

Ad materiam de usuris & fructibus *anatocismus* etiam pertinet, unde distinctiones ibi obvenientes hic simul perlustrabimus.

DISTINCTIO IX.

Inter anatocismum *menstruum* & *anniversarium*.

MEnstruus vocatur, quando usuræ quolibet mense exeunte in sortem computantur, *anniversarius* autem, quando hoc a fine cujusque anni fit. Uterque est prohibitus, & sic distinctio theoretica est.

DISTINCTIO. X.

Inter anatocismum *separatum* & *coniunctum*.

COniunctum, quando scilicet usuræ sorti principali immiscentur, per leges prohibitum esse,

esse, fatentur communiter DD. propter *l. 28. C. de usur. Separatum* autem, quando super usuris debitis specialis obligatio conficitur, tanquam super nova sorte, in praxi communiter permissum esse testantur, vid. Cothmann. *Vol. 1. Cons.* 18. *num.* 218. Berlich. *P. 2. Dec.* 268. *num.* 8. Mev. *P.* 4. *Dec.* 213. quamvis, si theoretice disputemus, hæc opinio dubio non careat, de quo vid. Brunnem. *ad d. l. 28. C. de usur.* Struv. *Exerc.* 27. *th.* 50. nisi supponas, debitorem esse divitem, eumque usuras promte solvere posse, eas tamen ad promovendum commodum suum tanquam sortem retinere malle, vid. *doctr. ff. h. t. §. VI.*

DISTINCTIO. XI.

Inter moram ex *re* & ex *persona.*

QUotiescunque ex *re* inducitur mora, toties nulla interpellatione opus est, quæ tamen præcise requiritur, si ex *persona* eadem oriri debet. Multum ergo interest, ut utraque mora ab invicem accurate separetur. Ex re autem moram induci dicunt, si dies certus solutioni adjectus: si pupillo vel minori aliquid debetur: si quid fisco debeatur: in fideicommissariis libertatibus: in prædonibus & furibus, vid. Arumæus *de mora c. 4.* Struv. *d. Exerc.* 27. *th.* 68.

Quæ de adjectione certi diei diximus, quod scilicet ea moram sine interpellatione inducat, non-

nonnulli ex DD. restringunt ad eum casum, si creditor & debitor sint ejusdem fori, quod si vero sub diverso foro deprehenduntur, interpellationem nihilominus requirunt, vid. Mynsing. *Cent.* 3. *Obs.* 95. Brunneman. *Cent.* 3. *decis.* 64. Beyer. *Pos. ff. h. t. pos.* 62. 63. Verum, quod salva autoritate dissentientium dictum sit, nobis illa sententia principiis juris aperte contrariari videtur. Quid enim diversitas fori ad hoc contribuere valet, ut dies non interpellet pro homine? aut, an homines, qui sub diverso foro vivunt, propterea etiam diverso statim jure utuntur? Ridiculum sane. Hinc de ea jam dubitare cœpit Saporta *de mora cap.* 2. *num.* 63.

Ceterum interpellationem unicam sufficere, neque opus esse, ut præcise in judicio fiat, sed extrajudicialem huic æquipollere, satis notum est.

Lib. XXII. Tit. II. De nautico foenore.

DISTINCTIO I.

Inter usuras *vulgares & nauticas.*

Usus partim in foro Romano, partim etiam in nostro deprehenditur. Apud Romanos in contractu mutui usuræ non

non debebantur, nisi per stipulationem promissæ erant; at usuræ nauticæ etiam nudo pacto valide promittebantur, *l. 5. §. 1. l. 7. ff. h. t.* Verum ea differentia hodie non amplius attenditur, postquam nudis pactis ubique eadem vis tribuitur, quæ olim stipulationibus competebat. Mansit adhuc hodie usus intuitu *quantitatis usurarum.* Vulgares enim usuræ per leges ita sunt restrictæ, ut majores, quam quincunces, promitti non possint, nisi quis pœnas, usurariæ pravitati dictitatas, sustinere velit; at nauticæ eum modum longe excedunt. Non solum enim jure Romano, *l. 26. §. pen. C. h. t.* centesimæ; sed & hodie adhuc majores valide committuntur, vid. Illustr. Stryk. *Caut. Contr. sect. 3. c. 5. §. 29.* add. Hahn. *ad Wesenbec. h. t. num. 1.* Posses etiam hoc addere; quod propter usuras nauticas periculum sortis ad creditorem pertineat, propter vulgares autem ad debitorem, vid. Hagen *de usur. cap. 1. num. 14. seqq.*

Lib. XXII. Tit. III.
De probationibus & præsumtionibus.

DISTINCTIO I.
Inter probationem *artificialem & inartificialem.*

Hæc

HÆc mere theoretica est. *Artificialis* dicitur, quæ per indicia & conjecturas: *Inartificialis*, quæ per testes & instrumenta perficitur. Perinde autem est, sive artificiali, sive inartificiali utaris.

DISTINCTIO II.

Inter *probationem* (Beweiß) & *demonstrationem* (Bescheinigung/) sive inter probationem *solennem* & *minus solennem*.

PRior, quæ in causis ordinariis obtinet, requirit articulorum oblationem in judicio, citationem adversæ partis ad videndum jurare testes, danda interrogatoria, & recognoscendum, & quod pro principali merito habetur, ad terminum probatorium præcise est adstricta; aliud in *posteriori*, quæ ad causas summarias pertinet. Sic in causa *summariissime possessorii* testes, absente etiam adversario coram notario examinati, sufficientem probationem faciunt, neque hic super habilitate testium disputatio admittitur, quod in probatione solenni fieri debet, Sic, si quis ex *instrumento guarentigiato* agat, non opus est, ut articulos offerat,& iisdem instrumentum adjungat, sed mox ad recognitionem devenitur, exceptiones quoque altioris indaginis rejiciuntur, quas tamen in causis ordinariis admitti

oportet. Sic, si quis in termino præfixo emanserit, & contumaciam per allegationem *legalis impedimenti* purgare velit, tunc v. g. etiam injuratum medici, de morbo attestantis, testimonium sufficit. Huc pertinet etiam probatio per *ocularem inspectionem*, quæ ipsa, non minus ac præcedentes, ad terminum probatorium neutiquam est adstricta. Unde si in causa summaria judex per sententiam actori injungat, daß Er den Grund seiner Klage beweisen solle / actori justa appellandi causa suppetit, sicut e contrario reus etiam appellare poterit, si judex ab actore in causa ordinaria solummodo desideret, daß Er es bescheinigen solle / processus enim ordinarius invito reo in summarium mutari nequit, conf. Suendendörff. *in not. ad Process. Fibigii.* Carpzov. *Proc. Tit. 8. Art. 2. n. 52.*

DISTINCTIO III.

Inter probationem *plenam* & *minus plenam*.

DE hac solummodo notandum, quod *plena* tantum operetur, quantum ad totius causæ decisionem necessarium est, & quod vocabulo *probationis* absolute posito ea semper intelligatur, non solum in criminalibus, sed in civilibus etiam: *Minus plena* e contrario per se non facit plenam fidem, sed alio adhuc indiget

diget adminiculo, de quo ad subsequentem distinctionem dispiciendum.

DISTINCTIO IV.

Inter probationem semiplenam *majorem*, semiplenam *simpliciter dictam*, & semiplenam *minorem*.

Semiplena *simpliciter dicta* oritur ex depositione unius testis, qui omni exceptione major est: quod si ejusmodi testi adhuc alius accedat, qui non omni exceptione est major, vel alia quædam præsumtio, tunc exinde probatio semiplena *major* exsurgit; e contrario, si unum saltem testem non omni exceptione majorem, vel aliam conjecturam habeam. v. g. in causa imputati adulterii literas amatorias: in causa homicidii præcedentes minas, &c. probatio semiplena *minor* vocari consuevit, vid. Carpzov. *P.* 2. *Const.* 23. *def.* 4.

Usus in eo consistit: Si actor semiplenam *simplicem*, vel *maiorem* etiam pro se habet, tunc ad juramentum suppletorium admittitur, scilicet in causis civilibus, non vero in criminalibus, vid. *supra tit. de jurejur. dist. XI.* ast si semiplena *minori* saltem munitus sit, tunc reo juramentum purgatorium deferri consuevit. Posses & hoc addere: Semiplena *major* in causis summariis, antiquis & in defensione rei pro perfecta habetur, non autem reliquæ, Cravetta *Cons.* 158. *num.* 11. Menoch. *lib.* 1. *præ-*

 sumt.

sumt. 41. Brunnem. *Proc. civil. c.* 18. *num.* 10. Coler. *de Proc. execut.* P. 3. *c.* 1. *num.* 62.

DISTINCTIO V.

Inter præsumtionem *hominis, juris, juris & de jure.*

PRæsumtio *hominis* & *juris* in eo conveniunt, quod utraque admittat probationem in contrarium: præsumtio autem, quæ *juris & de jure* dicitur, eam neutiquam admittit.

Ne vero putes, præsumtionem *hominis* & *juris* propterea plane idem esse. Persuasisse hoc sibi videtur Dn. Beyer. *in posit. ff. h. t. in subjunct. post posit.* 46. de cuius obiectionibus breviter videbimus. *Utraque*, inquit, *nititur sana ratione & consequentia certa, vel probabili, ex conditione humani generis, qualitatis personarum, aut rerum, natura contractus & negotii, &c. desumta.* Recte. Sed in eo tamen manet differentia, quod præsumtio *juris* desumatur *ex natura rerum & generis humani in universum considerati*, præsumtio *hominis* autem *ex specialibus circumstantiis in hoc illove negotio occurrentibus.* Pergit Dn. Beyer: *Ad posteriorem* (præsumtionem *juris* scilicet) *praterea requirunt, ut in LL. sit expressa. Verum cui usui? cum & hominis præsumtio, si frivola non sit, eodem juris effectu gaudeat, neque regula alicujus qualiscunque in legibus expressio majorem ei validitatem conciliet, sed requiratur, tum ut exprimatur dispo-*

dispositive & per modum theseos, tum ut constet, eam nullius, vel minoris momenti fuisse, nisi in lege esset expressa. Hic ante omnia supponendum est, JCtos per vocem *hominis* non quemcunque hominem, sed *judicem* solum intelligere, cujus scilicet præsumtio effectum decisivum in foro post se trahere potest, conf. *disp. nostr. inaugural. de præsumt. bonitat.* Quamvis vero utraque præsumtio eodem juris effectu gaudeat; hæc tamen iterum adest differentia, quod præsumtio *juris immediate* ex lege descendat, *nullamque præcedentem probationem requirat*, v.g. quando leges præsumunt, *quemlibet* bonum esse: *quemlibet* fundum libertate gaudere: *neminem* suum jactare, &c. verum præsumtio *hominis præcedentem probationem aliquam omnino desiderat.* Est quippe illa vel in bonam, vel in malam partem. Priori casu oritur ex semiplena probatione, & propterea judex mihi juramentum suppletorium defert, quia præsumit, justitiam causæ a mea parte stare, cum unum testem omni exceptione maiorem pro me habeam. Posteriori casu ex depositione unius testis omni exceptione non majoris desumitur, & proinde juramentum purgationis defertur. Hæc sine dubio adhuc alicuius usus esse videntur.

Addit Dn. Beyer: *pleraque præsumtionis juris exempla in legibus saltem per modum hypotheseos & tanquam rationes æquitatis naturalis, vel regulas bonæ interpretationis*

gari, neque minus valere præsumtiones: neminem suum jactare; contractum intelligi rebus sic stantibus &c. licet in LL. expressa non forent. Verum hic non putamus, quod aliquem dissentientem habeat, qui genuinis jurisprudentiæ civilis fundamentis est imbutus. Quando enim DD. præsumtionem *juris* nominant, tunc non præcise talem intelligunt, quæ *ex jure civili solo* descendat, sed eam quoque, quam *jus naturæ* indigitat, quamvis in legibus civilibus non fuerit repetita. Hic ergo sine necessitate dissentire videtur Dn. Beyer.

Denique, quando ad præsumtionem *juris & de jure* argumenta apodictica, v. g. mulierem prægnantem non esse virginem, &c. refert; tunc itidem a recepta hactenus vocabuli significatione recessisse videtur. DD. enim hoc saltem eodem denotant, (quod paulo post addit) *quando leges non adeo ex facto inferunt, quam disponunt & constituunt, quod aliter se habere conclusio non debeat.* Hinc quando in LL. dicitur, quod moriens non præsumatur jocatus esse, tunc idem est, ac moriens non debet jocari. Sic quando tutor dicit, se res proprias per errorem in inventario inter res pupilli retulisse, tunc leges ejus probationem non admittunt, in pœnam, quia tutor in confectione illius inventarii majorem circumspectionem adhibere debuisset, v. *l. 13. C. arbitr. Tutel.* Fateor quidem, præsumtionis vocabulum hic admodum impropriè

acci-

accipi, cum aliud ſit præſumtio, aliud juris diſpoſitio; ſed vocabulis ita utimur, prout receptum eſt, quia nobis illorum ſignificationes mutare neutiquam convenit.

LIB. XXII. TIT. IV.

De fide inſtrumentorum & amiſſione eorum.

DISTINCTIO I.

Inter inſtrumentum *publicum* & *quaſi publicum*.

Q*Uaſi publicum* vocant, quod trium teſtium ſubſcriptione eſt confirmatum, juxta *l.* 11. *C. qui pot. in pign.* & illi eundem effectum tribuit Lauterbach. *h. t.* quem inſtrumentum publicum coram judice confectum, ſive actis inſinuatum habet, unde nullus uſus practicus hujus diſtinctionis eſſe videtur. Sed ſalva nihilominus res eſt, manet adhuc uſus non contemnendus. Quando enim in multis locis requiritur, ut v. g. contractus ſuper venditis prædiis ruſticis & urbanis in publicum inſtrumentum redigantur, tunc neutiquam, puto, ſufficeret, ſi quis loco confirmationis judicialis, quæ eo ipſo indigitatur, ſubſcriptionem trium teſtium, tanquam æquipollens aliquod, ſubſtituere vellet. Quando E.

 Lau-

Lauterbach, utrique instrumento eundem effectum tribuit, hoc saltem in casu constitutæ hypothecæ procedit, juxta *cit. l.* 11. *C. qui pot. in pign.* quamvis nec hactenus quidem in Saxonia applicari possit, quia ibi non solum in plenaria alienatione, sed in oppignoratione immobilium etiam præcise requiritur, ut judicialiter fiat.

DISTINCTIO II.

Inter instrumentum *publicum* & *privatum*.

P*Ublicum* plenam meretur fidem, unde qui ex publico agit, recognitionem petere necesse non habet: secus in *privato*, quod quidem contra producentem, non tamen pro eodem ante factam recognitionem probat. Speciale quid est de jure Saxonico, ubi publica quoque instrumenta ad recognitionem offerenda sunt, Carpzov. *de Process. Tit.* 14. *Art.* 2. *n.* 18. quamvis, cum hic juratæ diffessioni locus non concedatur juxta eundem *cit. Tit.* 14. *art.* 3. *num.* 48. eandem superfluam & abundantem non immerito dixeris, vid. B. Stryk. *Introd. ad prax. for. cap.* 19. §. 7. *in f.*

Publicum in concursu creditorum hypothecæ jus prælationis tribuit præ omnibus hypothecis *privatis*, quamvis hæ tempore priores sint.

Publicum in materia testamentorum nul-

las

las requirit solennitates, bene tamen *privatum*.

Publicum interdum præcise requiritur, & *privatum* non sufficit, v. g. si mulier intercedit pro alio: hoc enim, si in privato instrumento fiat, mulier exceptione Sc. Vellejani opus non haberet, sed ipso jure tuta esset, *l. 23. §. f. C. ad SC. Vellejan.* Item in Saxonia in alienatione & oppignoratione immobilium, & alibi etiam in alienatione prædiorum rusticorum.

DISTINCTIO III.

Inter instrumentum a *notario* & a *privatis* confectum.

Hic maximus usus intuitu adhibitionis certarum solennitatum deprehenditur. In instrumentis notariorum invocatio nominis divini præcedere, & tunc porro annus Christi, indictio Romana, nomen imperatoris regnantis, mensis, dies, hora & locus specialis, ubi negotium gestum est, exprimi debent: adhibendi etiam sunt testes, & subscriptio non solum, sed subsignatio etiam sigillo notariatus facta adjicenda est, de quibus omnibus fusius disponit *Ordin. Notar. de A.* 1512. §. Und demnach/ conf. Hahn. *ad Wesenb. h. t. num. 5. verb. sunt & solennes clausulæ*, ubi alia adhuc occurrunt; sed neutrum horum in instrumentis privatis exigitur, ne quidem subscriptio, si quis integrum instrumentum propria

 ma-

manu conscripsit. Excipiunt communiter *rationes*, quæ & subscriptionem & diem requirunt, *l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. solv. l. 1. §. 2. ff. de Edend.* idque posterius ex ipsius rei indole, cum rationes non uno eodemque tempore, sed de die in diem conficiantur.

DISTINCTIO IV.

Inter *chirographum*, *syngrapham*, *antapocham* & *apocham*.

CHirographum vocant, quod in contractibus *unilateralibus*, præcipue mutui, a debitore creditori in securitatem crediti offertur, melioris probationis ergo; *Syngrapha* e contrario in contractibus *bilateralibus* conficitur, & ab utroque contrahentium subscribitur, atque cuilibet exemplar ejusdem traditur, quo pertinent instrumenta super emtione, locatione, societate, &c. confecta. Per *apocham* creditor testatur, pecuniam debitam a debitore sibi solutam esse, atque adeo hæc chirographo directo opponitur. *Antapocha* denique est instrumentum, quo fatetur debitor, se præstationes annuas solvisse, easque ex prædio suo debere, juxta *l. 19. C. h. t.* Ceterum præter diversum huncce conceptum in effectu non differunt, omnia enim eandem vim probandi habent, conf. Hahn. *loc. cit. num. 2. verb. scripturarum autem privatarum.* Ita hoc respectu. Differunt tamen ratione *modi procedendi:*

ex

ex chirographo enim executive agere possum, non vero ex syngrapha, vid. Einleit. zum Civil-Proc. *Cap. III. §. III. seqq.*

DISTINCTIO V.

Inter *protocollum* & *transsumtum.*

P*Rotocolla* sunt scripturæ a notariis super negotio aliquo memoriæ causa confectæ, ex quibus postea *transsumta* (quæ proprie instrumentorum nomine veniunt) conficiuntur. *Protocollum* ergo non desiderat solennitatem aliquam, sed distinctam saltem adnotationem omnium eorum, quæ de tempore in tempus notario expedienda commissa fuerunt. At vero in *transsumto* omnia illa adesse debent, quorum paulo ante sub *dist. III.* mentionem injecimus. Non tamen requirimus, ut testes a notario adhibiti instrumentum illud simul subscribant, quod quidem putat Bachov. *in not. ab Wesenb. h. t.* sufficere enim posse putamus, quæ hic adduxit Hahn. *loc. cit. num.* 5. *verb. tamen communis distinctio*, quod scil. novæ solennitates præter leges non sint introducendæ, & quod ex *Nov.* 73. *c.* 5. firmum pro Bachovii opinione argumentum desumi nequeat. Deinde, si dissonantia quædam inter protocollum & transsumtum deprehendatur, hoc ex illo est dijudicandum, illiusque fides huic prævalet, Carpzov. *P. I. C.* 17. *Def.* 44. hoc enim est referens, illud vero relatum. At refe-

ferens, si a relato recedit, fidem non meretur.

DISTINCTIO VI.

Inter *originalia* & *copias*.

ILla semper probant, modo vitio aliquo non laborent, juxta ea, quæ ad *dist. II.* diximus, *Hæ* vero regulariter non probant, cum nesciamus, an fides adhibenda sit ejusmodi copiis, annon, vid. *l. 2. ff.* & *l. 7. C. h. t.* quia error in describendo admodum facilis & frequens.

Probant tamen *copiæ* interdum. Huc pertinet, si exemplificatio facta citatis iis, quorum interest: si exemplum ex archivo producatur: & si in caussis antiquis versemur, vid. Brunneman. *Proc. Civ. c. 19. n. 9.* 10. 11. add. Hahn. *ad Wesenb. h. t. num.* 2. *verb. Exemplar.*

Copia *vidimata* (aut *fidemata*, utrumque enim recte scribitur) ab *auscultata* in effectu non differt, sed solum quoad modum exemplificationis, quia in auscultatione alter prælegit, alter vero auscultat, in vidimatione autem unus utrumque, & copiam factam & originale perlegit. Sed tamen neque eiusmodi copiæ probant, nisi semiplene.

LIB.

LIB. XXII. TIT. V.
De teſtibus.

DISTINCTIO I.
Inter teſtes *omni exceptione majores* & *idoneos*.

TEſtis *omni exceptione major* (qui etiam *claſſicus* vocari conſueuit) ſemiplenam facit probationem & propterea juramento ſuppletorio locus eſt: ſecus in teſte, qui *idoneus* ſaltem, aut omni exceptione major non eſt, vid. quæ diximus *ad tit. de probat. diſt. IV.*

LIB. XXII. TIT. VI.
De juris & facti ignorantia.

DISTINCTIO I.
Inter *ignorantiam & errorem*.

I*Gnorantiam* vocamus, quando quis ad propoſitam ipſi quæſtionem *plane tacet: errorem* vero, ſi *minus recte reſpondet*. Unde metaphyſici priorem ignorantiam *puræ negationis*, poſteriorem vero *pravæ diſpoſitionis* vocaræ conſueuerunt. Ceterum in praxi uſum non habet diſtinctio, quia quicquid de ignorantia in jure

iure affirmatur, vel negatur, id quoque affirmatur, vel negatur de errore eodem ubivis modo.

DISTINCTIO II.

Inter ignorantiam *juris* & *facti*.

IN hac distinctione maxima latet utilitas. Regula enim quoad *ignorantiam juris est, quod ea excusationem neutiquam prabeat*, cum jus certum sit & definitum, quod omnes subditi scire possunt & debent, atque adeo eorum ignorantia hac parte plane supina & fere affectata sit.

Exceptio est in *minoribus, fœminis, militibus* & *rusticis*, de quibus Struv. *S. J. C. Ex.28. thes.* 56. modo obserues, hanc exceptionem solummodo in iis procedere, quæ meri juris ciuilis, non autem, quæ juris naturalis & diuini positiui sunt, unde pœna non mitigatur, quamuis interdum inquisiti in actis inquisitionalibus respondisse deprehendantur, Sie hätten den Catechismum und die zehen Gebothe niemahln gelernet/ wüsten auch nicht / ob stehlen/huren / u. d. gl. unrecht sey/ oder nicht/ quis enim in causa est, quod hæc nesciant, nisi illi ipsi? Præcepta siquidem juris ciuilis sæpe multis subtilitatibus scatent, & sic a quolibet comprehendi nequeunt, non autem leges diuinæ, quæ simplices sunt & intellectu facillimæ,

DI-

Distinguunt vero DD. *utrum is*, qui ignorantiam juris allegat, *de damno vitando*, an vero *de lucro captando* certet. *Posteriori* casu eam nocere dicunt, non autem *priori*. Sed tamen etiam *prior* casus subdistinguendus. Aut scilicet, damnum *revera jam passi sumus*, rem nostram in alium transferendo, & tunc ignorantia juris iterum nocet, id est, propter errorem, vel ignorantiam juris non conceditur actio, *l.* 10. *C. de jur. & fact. ignor.* aut damnum *nobis saltem imminet*, ubi rem adhuc possidemus, & tunc talis ignorantia non nocet, sed nobis exceptio competit, *l.* 7. & 8. *ff. h. t.* quæ conciliatio harum legum optima esse videtur, & sic melior, quam eorum, qui eo casu, ubi damni reparationem intendimus, nos de captando aliquo lucro sollicitos esse asserunt, quod fundamentis juris ipsique loquendi formæ directo contrariatur. Unde etiam illi, qui ex errore juris aliquid solvit, condictio indebiti recte denegatur, prout contra dissentientes (quibus se etiam jungere voluit Dn. Beyer. *Pos. ff. de Condict. indeb. pos.* 29. *seqq.*) recte adstruit Lauterbach. *eo tit.* Et licet ille excipiat, *debere in accipiente causam subesse, ob quam jura ipsi retentionem indulgent*; facili tamen negotio respondetur, eo ipso justam causam adesse, quod leges alteri hanc rem in pœnam supinæ & crassæ negligentiæ adimant, modo scilicet accipiens etiam in errore fuerit, quod ubique supponitur. His suppositis facile intelligi potest,

cur

cur Ulpianus in *l.* 25. §. 6. *ff. de hered. petit.* dixerit, quod is quoque fructus retineat, & pro b. f. possessore habendus sit, qui in jure erravit, v. g. qui putavit recte factum testamentum, cum inutile erat, &c. certat siquidem hic *de damno imminente avertendo*, *non de damno jam perpesso resarciendo*, & ergo leges ipsi ignoscunt. Vides ergo, in hac quoque materia verum esse, quod alias dicunt JCti: *Leges facilius exceptionem concedere*, *quam actionem*, quam legum analogiam qui non observant, mirifice se torquere coguntur.

Jam ad *ignorantiam facti* progrediamur. Hic regula priori e diametro opposita deprehenditur. *Ignorantia enim facti excusationem omnino præbet.* Facta scilicet publice non promulgantur, ut leges, sed secreto & nobis inscis, qui omniscientia destituti sumus, expediuntur, ergo & a nobis exigi nequit, ut omnium factorum notitiam habeamus.

Subdistingue autem inter facta *propria* & *aliena*. Regula nostra de alienis loquitur, non de propriis. Hæc enim ignorare velle iterum supini & affectati notam involvit. Quid ergo, si quis e. g. ex contractu emtionis ad pretium solvenoum obligatus esset, sed tamen, ubi solutionem differebat, se ex hoc capite a mora excusare vellet, quod hujus obligationis oblitus plane fuerit? Non credo ipsi hoc profuturum esse, quamvis enim oblitus fuisset, oblivisci tamen non debebat. Exceptio admitti pos-

possit, si de facto antiquo ageretur, ubi executio contractus in multos annos dilata erat, hic enim excusationem forsan praeberet vulgatum illud: *Memoriam hominum esse labilem.* Et haec vera huius materiae fundamenta esse credimus; qui plures limitationes & sublimitationes, rem non explicantes, desiderat, is adire potest Hahn. in *not. ad Wesenb. h. t.* Nostrum non est, eiusmodi confusiones ulterius propagare.

LIB. XXIII. TIT. I. De sponsalibus.

DISTINCTIO I.

Inter sponsalia *de praesenti & de futuro.*

HAEc distinctio ex jure canonico desumta est, & apud eos quoque, qui lingua latina utuntur, non parum utilitatis habet. Scilicet sponsalia *de praesenti* dicuntur, quae verbis praesentis temporis celebrantur, v. g. *Duco te in uxorem*, & haec firmam obligationem producunt. Sponsalia *de futuro* autem appellant, ubi promissio per verba futuri temporis expeditur, v. g. *Ducam te in uxorem*, & haec praeparatoria potius sponsaliorum, quam ipsa sponsalia dici merentur, quia nullum plane effectum post se trahunt, v.

Illustr. Thomasius *in Disp. Lips. de validit. Coniug. invit. parent. contr.* §. 5. Dessel. *Erotem. iur. Canon. lib.* 4. *Tit.* I. *qu.* 3. sed hæc quidem in verbis differentia apud Germanos locum non invenit, postquam iam ipse Lutherus *in libello* von Ehe-Sachen/ agnovit, es seye einerley/ob Hanß zu Grieten spreche/ ich nehme dich / oder ich will dich nehmen/ quemadmodum etiam in aliis casibus eodem recidit, sive v. g. quis dicat, ich schencke dir dieses/ oder ich will dirs schencken/ nisi forsan sponsus verba ita formaverit: Er wolle künfftig einmal mit der Caja Verlöbniß machen. Hodie ergo *sponsalia impuberum* solum ad sponsalia de futuro pertinent. Communis quidem DD. confusio huc quoque sponsalia conditionalia refert, cui sententiæ ipsum Schilterum *in Instit. iur. canon. lib.* 2. *Tit.* 10. §. 3. nec non Huberum *Digress. P.* 1. *l*, 2. *c*. 7. *circ. fin.* accessisse valde miror; sed cœcus etiam hic, ni fallor, videre posset, utramque sponsaliorum speciem toto cœlo a se invicem distare, cum *sponsalia de futuro nullam plane*; ea autem, quæ *sub conditione* celebrantur, obligationem *ad expectandum conditionis eventum* inferant, & sic pendente conditione neutri ex contrahentibus facultas pœnitendi competat, vid. Dn. Thomasius *loc. prox. cit.* §. 8.

Existimant quidem nonnulli eruditi viri, hodie quoque illum actum, ubi prima promissio fit de ineundo matrimonio, nostri vocant

das

das Ja-Wort, cum ſponſalibus canoniſtarum de futuro convenire; verum cum & hic jam adſit purus conſenſus, & ſolennitates poſtea adhiberi ſolitæ, v. g. annuli traditio, convivium, publicæ gratulationes, &c. non pertineant ad eſſentiam ſponſaliorum, hinc illi opinioni ſubſcribere nullo modo poſſumus.

DISTINCTIO II.

Inter ſponſalia *publica & clandeſtina.*

Publica ſunt, quæ coram teſtibus, accedente parentum conſenſu, celebrantur. *Clandeſtina* autem iterum duplicis ſunt generis: aut enim *teſtium præſentia*, aut teſtibus præſentibus *parentum conſenſus* deficit. Hæc neutiquam confundi debent, quod quidem ſæpe a DD. fieri conſuevit.

Uſus in eo conſiſtit: *Publica* firmam producunt obligationem ad matrimonium ineundum, quia juxta formam in legibus præſcriptam celebrata fuerunt.

Clandeſtina, ubi ſaltem teſtes deſunt, pariter contrahentes obligant (jure communi, ſecus enim apud Saxones,) niſi quod probatio difficilior reddatur, vid. Heigius *p. 1. qu. 22.* ubi tamen multos ſcrupulos ſine neceſſitate movet. Melius procedit Illuſtr. Stryk. *in not. ad Brunnem. jus Eccleſiaſt. l. 2. c. 16. §. 12. verb. de his conſtet.*

Verum *clandeſtina, quæ parentum conſenſu*

destituuntur, nulla sunt, quia forma, in legibus & divinis & naturalibus requisita, deficit. Parentibus enim & hac parte liberi reverentiam exhibere tenentur. Apposite Catullus:

Virginitas non tota tua est, ex parte parentum est,
Tertia pars matri data, pars data tertia patri,
Tertia sola tua est, noli pugnare duobus.

v. Heigius *d. qu.* 22. *num.* 59. Obtinet hoc, si sponsalia ante consummationem impugnantur, si tamen consummatio accessit, aliud sæpe obtinet, vid. *tit. sequ. Dist. VI.* an bene, an male, non disputo.

DISTINCTIO III.
Inter sponsalia *pura & conditionalia.*

PUra statim obligationem producunt, & in illis facultas pœnitendi utrique parti simpliciter est præscissa. Ast in *conditionalibus* effectus usque ad eventum futurum in suspenso manet, ac quamvis nec pendente conditione pœnitere liceat, e contrario tamen, ea pendente, etiam ad consummationem agi non potest, quod in omnibus conventionibus conditionalibus ita observatur, vid. Carpzov. *Jurisp. Eccl. lib.* 2. *Def.* 21. & 70. Ceterum omnis conditio possibilis licite adjicitur, quamvis spem lucri contineat, v. g. si sponsus officium aliquod consecutus fuerit, aut sponsa aliquot

mille

mille thalerorum attulerit dotis nomine, Carpzov. *l. c. Def.* 22. Schilter. *Instit. Jur. Canon. lib.* 2. *Tit.* 10. §. 4.

Sed quid de conditione *imposſibili* vel *turpi* ſtatuendum, ſi ea forſan ſponſalibus adjecta deprehendatur? Sedes hujus materiæ eſt in *c. fin. X. de condit. appoſ.* ubi Papa Gregorius IX. diſtinguit, (1.) utrum conditio adjecta ſit *facto imposſibilis*, an *turpis*, & (2.) an hæc turpitudo impingat *contra leges quascunque*, utrū vero *contra leges matrimoniales in ſpecie*.

Si conditio *contra leges matrimoniales* impingit, v. g. ſi generationem prolis evites: donec inveniam aliam honore vel facultatibus ditiorem: aut ſi pro quæſtu adulterandam te tradas; tunc ipſe Papa fatetur, matrimonii contractum, quantumcunque ſit favorabilis, effectu carere, & hactenus bene decidit. Sed videbimus ulterius.

Scilicet, ſi conditio *contra leges quascunque impingat*, v. g. ſi furtum, homicidium, vim & ſimilia commiſeris: item, *ſi facto eſt imposſibilis*, v. g. ſi cœlum digito tetigeris, &c. tunc Papa has conditiones in favorem matrimonii pro non adjectis habendas eſſe pronunciat, quod Deſſel. *Erotem jur. Canon. l.* 4. *tit.* 3. *qu.* 3. exinde deducere nititur, quia etiam in ultimis voluntatibus ejusmodi conditiones pro non adjectis haberi ſolent.

Ergo de jure canonico maximus uſus diſtinctionis inter diverſas haſce conditionum

impossibilium species deprehenditur. Sed quid apud Evangelicos? Certe si Carpzovium aliosque nonnullos inspicimus, jurisprudentia Evangelicorum ab hypothesibus Pontificiorum nihil peculiare habebit, nam & ille in *cit. Jurispr. Eccl. lib. 2. Def. 24.* eadem repetit, quæ Papa dixit, & non minus, quam hic, favorem matrimonii crepat, add. Schilter *d. l. 2. tit. 10. §. 4.* Verum enim vero cum hæc dispositio juris canonici plane irrationabilis sit, cum scilicet consensum inducat, ubi talis non est, & homines invitos etiam ad nuptias cogat, quod ipsum detestatur jus divinum, naturale & positivum; DD. autem nostri in ea sint opinione, & recte quidem, jus canonicum Evangelicos non obligare, neque inter eos pro recepto haberi posse, nisi quatenus cum jure divino congruit; hinc juri canonico in hac materia autoritas aliqua apud Evangelicos tribui nulla ratione potest, quod ipsum non solum rationibus concludentibus, sed autoritatibus etiam & Theologorum & JCtorum Protestantium fuse ostendimus in *pecul. Dissertat. de Conditionibus sponsaliorum impossibilibus, hic Halæ ante duos annos habita*, quo nos brevitatis causa remittimus.

DISTINCTIO IV.

Inter *arrham sponsalitiam*, *sponsalitiam largitatem* & *morgengabam*.

A*Rrha sponsalitia* vocatur, quæ *in ipso actu despon-*

desponsationis plerumque offertur a sponso sponsæ & vice versa, quo pertinent annuli, &c.

Sponsalitiam largitatem autē sponsus sponsæ tempore intermedio *post celebrata scilicet sponsalia usque ad nuptias* offerre solet ad eliciendū m scilicet, ut creditur vulgo, sponsæ amorem.

Morgengaba denique a sponso sponsæ *altero nuptiarum die* in pretium delibatæ virginitatis dari consueuit.

Usus in eo consistit: *Arrham* retinent quidem desponsati, si matrimonium subsequitur: ast si non sequitur, tunc distinguendum, cuius culpa hoc fiat. Si *culpa sponsi* subest, tunc sponsa itidem arrhas, quas accepit, retinet; *sin sponsæ*, tunc hæc acceptas duplicatas restituit; *sin neutrius*, tunc simpliciter restituantur, *v. l.* 3. & 5. *C. de sponsalib.* Hodie usus practicus longe diversus obtinet. Consistoriales enim sibi communiter arrhas vindicare solent, si inter desponsatos litigia oriantur, & sponsalia celebrata iterum rescindantur.

Circa *sponsalitiam largitatem* distinguitur in *l.* 16. *C. de donat. propt. nupt.* an matrimonio non subsequente *osculum intervenerit, an non. Priori* casu dimidiam retinebat sponsa, *posteriori* nihil. Et hic perinde esse dicunt, sive oscula præcedant donationem, sive sequantur, modo post jam inita sponsalia dentur, Barbosa *in rubr. ff. solut. matrim. p.* 2. *num.* 112. Quid hodie obtineat, de eo fere silent DD.

quantum ego memini, nunquam audivi, sponsalitiam largitatem unquam redditam fuisse, nec tale quid apud scriptores reperi. Ad minimum rarissime evenire puto, quod osculum non intercesserit, & quod hac parte sponsa probatione non sit oneranda, sed illa pro se præsumtionem militantem habeat.

Morgengabam quod concernit, ea sine dubio pleno iure statim ad novellam uxorem pertinet, atque inter nobiles germanos etiamnum in usu diversis in locis, quæ cum ex moribus Germanorum profluat, ad prohibitionem iuris Romani de donationibus inter virum & uxorem plane non pertinet, quamvis forsan & ex eiusdem juris principiis facile defendi queat. Cum hac non est confundenda *alia Morgengabæ species*, quam uxor jure peculiari ex mariti bonis capit: nec non *alia Longobardorum moribus* recepta, cui apud nos dotalitium respondere videtur, de quibus confer. Ziegler. *in not. ad Grot. de J. B. & P. l. 2. c. 7. §. 8. verb. Tale est matrimonium ad Morgengabicam.*

LIB. XXIII. TIT. II.
De ritu nuptiarum.
DISTINCTIO I.
Inter nuptias *publicas & clandestinas.*

Hic alia plane est denominandi ratio, quam in divisione sponsaliorum in publica & clandestina. Ibi enim ad *consen-*

ſenſum parentum primario reſpiciebatur, hic vero ad modum conſummationis, nempe *ad benedictionem ſacerdotalem. Publicæ* ergo dicuntur, quæ accedente ſacerdotali benedictione conſummatæ, *clandeſtinæ* e contrario, ubi eadem deficit, & perſonæ ante legitime deſponſatæ privato auſu corpora communicant. Ubi tamen quilibet deprehendit, eo ipſo non committi concubinatum, cum revera conſenſus matrimonialis adſit, ſed ſolummodo leges eccleſiaſticas, quæ benedictionem ſacerdotalem præciſe requirunt, violari.

Si de uſu huius diſtinctionis diſputamus, tunc partim *ad ipſas perſonas contrahentes*, partim etiam *ad liberos, ab ipſis procreatos*, oculus dirigendus eſt. *Perſonæ contrahentes*, quoniam in leges eccleſiaſticas impingunt, cenſura etiam eccleſiaſtica coercentur. Succeſſio tamen, quæ ex mero jure civili defertur, ſalva ipſis manet, quia jus civile benedictionem ſacerdotalem ignorat. Aſt ad ſucceſſionem ex ſtatutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales perſonas coniugatas, quæ legibus eccleſiaſticis, in provinciis receptis, ſeſe conformarunt. Idem *ratione ſucceſſionis liberorum* obtinet, atque eiusmodi liberi pro legitimis omnino habentur, conf. de his B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ.* 1. *c.* 2. §. 49. & 50.

DISTINCTIO II.

Inter matrimonium *ratum sed non legitimum*; *legitimum sed non ratum*: *legitimum & ratum simul.*

ORiginem suam hæc distinctio juri canonico debet. Concurrunt enim in causis matrimonialibus, quas canones pro spiritualibus habent, duplices leges, ecclesiasticæ & civiles, id est, quædam ex dispositione legum generali requiruntur, quædam autem specialiter ex canonum ordinatione. *Legitima* ergo dicuntur matrimonia in relatione ad ius commune, *rata* autem relatione ad leges ecclesiasticas facta. Sic e. g. si quis cum infideli matrimonium contrahit, illud quidem legitimum esse potest, si consensus contrahentium eorumque parentum accesserit, sed ratum non est, quia canones tale matrimonium non ratihabent. E contrario, si duo fideles, sed absque parentum consensu nuptias contrahunt, ratum quidem est, id est, canonibus conforme, verum iuri communi repugnat, ob neglectum parentum consensum. Quod si ergo illa duo coniunguntur, ratum est, & simul quoque legitimum.

Sed quid de usu dicendum? Sane si legitimum non sit matrimonium, id est, si consensus deficiat, sine dubio nullum illud erit, ac pro-

propterea rescindendum: verum, si ratum non sit, rescissio non statim locum invenit, quamvis non pauci ex canonistis contrarium propugnent, vid. Brunnem. *de jur. Eccles. l. 2. cap. 17. §. 8. in not. verb. cum infideli contractum*, quorum tamen opinio Evangelicis sese non adprobat, propter textum 1. *Corinth.* 7. conf. Schilter. *Instit. jur. canon. l. 2. Tit.* 10. §. 13.

DISTINCTIO. III.

Inter matrimonium *justum* & *injustum*.

HÆc distinctio theoretice etiam falsa est. Matrimonium enim injustum plane non est matrimonium, cum hoc juxta leges celebrari debeat, illud vero injustum legibus e diametro contrariatur. Hæc cum ita sese habeant, non opus est, ut de usu practico dispiciamus.

DISTINCTIO IV.

Inter matrimonium *verum* & *præsumtum*.

VErum dicunt, quod modo legitimo probari potest, e. g. per testes & per instrumenta; *præsumtum*, ad quod probandum conjecturæ in medium vocantur, v. g. diutina cohabitatio, quod tamen admittit probationem in contrarium. Hæ duæ species ergo non aliter, quam *solo modo probandi* differunt.

DI-

DISTINCTIO V.

Inter matrimonium *inchoatum, perfectum* & *consummatum.*

PRima species plane incongrue huc refertur, quia per illam sponsalia denotantur, at vero sponsalia non sunt species matrimonii juxta receptum loquendi usum, sed matrimonio opponuntur.

Restant ergo duæ posteriores, *perfectum* scilicet & *consummatum.* Matrimonium prius describit Lauterbach. *ad h. t. quod absolutum est ratione essentiæ*, id est, prout puto, ubi non solum declaratio consensus, sed ipsa etiam sacerdotalis benedictio adest, (quia alias non esset matrimonium, sed sponsalia:) benedictio sacerdotalis enim quin moribus nostris ad essentiam matrimonii spectet, nullum dubium est. Ad *consummatum* vero præter copulam illam sacerdotalem carnalis quoque, id est, corporum conjunctio requiritur, quia tunc demum conjugati scopum suum plane assecuti sunt. Ergo ex sola conscensione thalami, wenn das Ehebette beschritten/ regulariter plena consummatio nondum provenit.

Verum enim vero, si dicendum, quod res est, usum hujus distinctionis non invenio. Nec enim perfectum matrimonium ex aliis causis iterum resolvi potest, quam quidem consummatum, & vice versa. Jura quoque

uxori

uxori ratione dotis utroque casu eodem modo competunt. Illud unicum solummodo excipitur, quod jure Saxonico, si *de succesſione in partione statutaria* agitur, perfectio matrimonii non sufficiat, sed consummatio ejusdem necessario requiratur, ita tamen, ut sola thalami conscensio hic jam pro consummatione habeatur, vid. Carpzov. *P.* 3. *C.* 19. *Def.* 4. Idem in Marchia. In aliis locis sufficit, modo sacerdotalis benedictio accesserit, B. Stryk. *in not. ad Brunn. Jus Eccles. l.* 2. *c.* 17. §. 40. *verb. post conscensum thalami.*

DISTINCTIO VI.

Inter consensum paternum, qui in liberorum nuptiis ex *honestate*, & qui ex *necessitate* requiritur.

MUltum interest, hæc duo a se invicem accurate distinxisse. Quod si enim *honestatis* saltem causa liberi ad impetrandum consensum paternum obstringuntur, exinde sequitur, liberos quidem peccare in conscientia sua, si neglecto eo ad matrimonia provolant, & propterea etiam a magistratu politico pœna aliqua arbitraria coërceri posse, sed ita tamen, ut ipsum matrimonium perfectum maneat & salvum. E contrario autem si dictum consensum *necessitatis* esse statuimus, matrimonium eo omisso irritum omnino erit & nullum.

Ast, quæstio principalis in eo nunc consistit,

ſtit, quale prædicatum ex hiſce duobus conſenſus paternus apud nos in praxi mereatur? Non inutile erit fortaſſis, ſi antequam ad hanc quæſtionem reſpondemus, ſingulas legum divinarum & humanarum ſpecies percurramus, & quid illæ de conſenſu hocce diſponant, breviter recenſeamus, idque ductu eorum, quæ Illuſtr. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de matrim. invit. parent. contr.* §. 16. *ſeqq.* de hac materia fuſe & accurate diſſerit.

Scilicet quoad *jus naturæ* diſtinguendum eſt, utrum liberi adhuc in familia paterna maneant, an vero ex eadem jam diſceſſerint, & propriam ſibi conſtituerint. Priori caſu neceſſitatis erit conſenſus, & propterea parentes nuptias, ipſis invitis contractas, reſcindere poterunt, quia conjugium liberorum eſt actus maximi momenti in familia, & multis modis in præjudicium parentum cedere poteſt. Poſteriori caſu conſenſus honeſtatis ſaltem erit, cum ex lumine naturæ nulla ratio adferri poſſit, quæ matrimonium diſſolvendum eſſe directo ſuadeat.

Jus divinum poſitivum ſæpius liberis inculcat, ut obedientiam parentibus ſuis ubique præſtent, atque actionum ſuarum directionem iisdem relinquant, pœnam quoque illis minatur, qui juſſus paternos ſpernunt, eorumque monita ſusque deque habent; ſed nullibi invenitur in S. Scriptura, matrimonia liberorum propterea reſcindenda eſſe, quæ absque paren-

rentum consensu inita fuerunt. Ad dubia, quæ hic movet Havemann. *in Gamolog. Synopt. lib.* 1. *tit.* 3. *posit.* 2. jam responsum est in *cit. disp.* §. 17.

Leges Justinianeæ consensum parentum in liberorum (in potestate patria existentium) nuptiis sine dubio de necessitate exigunt, & sic matrimonia eo destituta pro nullis declarant, *pr. I. de nupt.* in nuptiis emancipatorum itidem honestatis solummodo fuit.

Jure canonico consensus parentum indistincte de honestate saltem exigitur, sive liberi existant in patria potestate, sive emancipati sint. Ad textus obstantes ex iure canonico responsum est in *dict. disp.* §. 19.

Quod *praxin* attinet, cum ius canonicum in causis matrimonialibus ex unanimi DD. confessione legibus Romanis præferatur, hinc sine dubio etiam, nisi aliud dispositum inveniatur, consensus paternus hodie de necessitate non erit, sed ex honestate solum adhibendus. Testantur id plurima exempla, ubi liberi, insciis parentibus, sese coniunxerunt, & a clerico quodam pontificio, vel evangelico etiam, extra provinciam se copulari curaverunt, & nihilominus tamen eiusmodi nuptiæ non fuerunt dissolutæ, aut pro nullis declaratæ. Dixi autem, *nisi aliud dispositum inveniatur.* In nonnullis enim provinciis, v. g. sceptro Borussico subiectis, & ni fallor, in Ducatu Brunsuicensi & Luneburgensi, contrarium obtinet,

tinet, ita, ut quamvis ipsa corporum conjunctio jam accessisset, declaratio nullitatis adhuc tamen fieri queat. Interim, qui ejusmodi constitutionem in provincia aliqua adesse dicit, hoc assertum suum in dubio probare tenetur, quia pro observantia iuris canonici præsumtio militat. In Saxonia defectus consensus paterni matrimonia liberorum non reddit irrita, parentibus tamen liberos propterea exheredes scribere permittitur, Carpzov. *Jurispr. Eccles. lib. 2. Tit. 3. Def. 54.*

DISTINCTIO VII.

Inter cognationem *spiritualem* & *secularem.*

COgnatio *spiritualis* jure decretalium inter baptizatum & compatrem eiusque filios & uxorem, imo inter eum & baptizati patrem atque matrem, nec non inter hos & baptizantem contrahitur. Sic quoque talis cognatio ex sacramento confirmationis apud pontificios oritur. Concilium Tridentinum tamen hoc eatenus restrinxit, ut non amplius ad suscipientis compatris filios & uxorem transeat cognatio, sed saltem inter baptizantem & baptizatum eiusque parentes, item inter susceptorem & baptizatum eiusque patrem & matrem contrahatur. Verum, quia evangelici hanc cognationis speciem plane non agnoscunt, vid. Gerhard *Loc. Theol. loc. de coniug.*

num.

num. 367. *sqq.* inde adlata distinctio nullius quoque momenti erit, & matrimonia inter jam-enumeratas personas contracta non rescindentur, quod fiebat jure canonico, vid. fuse de hac materia Desselius *Erotem. jur. canon. lib.* 4. *Tit.* 10. *qu.* 3. *seqq.* Sanchetz *de matrimon. l.* 7. *Disp.* 54. *seqq.* Quamvis vero & in *l.* 26. *circ. fin. C. de nupt.* matrimonium inter susceptorem & susceptam jam prohibitum fuerit: hoc tamen ex eadem erronea ratione factum, quam jus canonicum habet, *quia scilicet per baptismum renascitur homo, & sic cognatio aliqua exinde oritur*, vid. Dessel. *loc. cit. qu.* 2. Et ergo dum eam pontificiorum rationem generaliter rejecimus, nec jus civile, nec canonicum hac parte nos obligabit, neque video, qua ratione illi, qui contrariam juri civili hic allegat consuetudinem, probatio imponi, & quomodo adhuc ad petendam dispensationem adstringi queat, qui cum susceptore suo nuptias celebrare intendit? quod putat Brunnem. *ad l.* 26. *C. de nupt.* conf. Berlich. *P.* 4. *Concl.* 32. *num.* 24. jus civile enim hac parte nunquam potuit esse receptum apud evangelicos.

DISTINCTIO. IIX.

Inter cognationem secularem *naturalem* s. sanguinis, & *civilem* s. legalem.

PRior ex propagatione sanguinis oritur inter personas, quæ vel generarunt alias, vel quæ ab eodem communi stipite generatæ sunt, &

hæc perpetuum effectum habet. Posterior ex adoptione provenit, & hæc quidem *quoad ascendentes & descendentes* adoptati *effectum perpetuum habet*, sed inter eos, *qui a latere* per adoptionem conjuncti sunt, scilicet adoptatum & filios naturales adoptantis, *durante saltem adoptione*, impedimentum matrimonii parit, *v. c. un. X. de cogn. legal.* §. 1. & 2. *J. de nupt.* Dessel. *l. 4. Tit.* 12. *qu.* 2. Hodie cognationem legalem plane non amplius attendi communiter statuunt, vid. Havemann. *Gamolog. Synopt. l. 2. tit. 6. problem.* 10. *num.* 2. B. Stryk. *in not. ad Brunnem. jus Eccles. l. 2. c.* 16. §. 19. *verb. prohibitio legalis*, qui tamen adhuc dispensatione opus esse putat.

DISTINCTIO IX.

Inter computationem *civilem* & *canonicam*.

Juxta *jus civile* una est generatio unius personæ, unde tot dicuntur generationes, quot sunt personæ genitæ; sed *jure canonico* una generatio dicitur omnium filiorum ab eodem patre procreatorum, altera eorum, qui ab his filiis geniti sunt, & ita deinceps tertia, quarta & ulteriores generationes accipiuntur, germanice exprimitur accurate per vocem: Glied/ das erste/ andere Glied/ &c. vid. Julius Pacius in *anal. Inst. ad pr. tit. 6. lib.* 3.

Quoad lineam rectam nulla diversitas inter utram-

utramque computationem deprehenditur, sed solummodo quoad collateralem, sive obliquam. Fluit enim ex ante adducta descriptione, quod secundum ius civile tot esse debeant gradus, quot personæ in utroque latere deprehenduntur, quia tot sunt generationes, & quod propterea frater fratri in gradu secundo coniunctus sit: e contrario autem, quod iuxta ius canonicum utrumque latus pro uno habeatur, unde duo fratres, sibi e regione oppositi, primam constituunt generationem, & sic primum quoque gradum. Quod si latera sunt inæqualia, tunc longius numerandum est, quia hoc novam constituit generationem, & sic novum gradum.

Sed quæritur nunc, quænam ex hisce duabus computationibus alteri præferenda sit in praxi? Resp. utramque suum usum habere, sed in diversis casibus. *Computatio canonica* toties obseruatur in praxi, quoties *de prohibitione vel permissione matrimoniorum* quæritur, & propterea ordinationes ecclesiasticæ, de gradibus consanguinitatis loquentes, hanc computationem indigitasse intelliguntur. Verum enim vero in *materia successionis computatio civilis* communiter observatur. Idem obtinet in aliis causis civilibus, v. g. *in immunitate a testimonio dicendo*, quando nempe in *l. 4. ff. de test.* dicitur, neminem usque ad sextum gradum inclusive compelli posse, ut invitus testimonium dicat. Item: *in mandato præsumto*, quando

ſcilicet quæritur, ad quem usque gradum inter cognatos tale mandatum præſumatur? ubi in *l. 35. pr. ff. de Procur.* fratrum ſaltem ſit mentio, & ſic illa præſumtio in ſecundo ſaltem gradu lineæ collateralis locum invenit. Plura adducere ſuperfluum foret, ſufficere enim poteſt regula generalis: *In omnibus cauſis, præter matrimoniales, computationem juris civilis locum habere.*

LIB. XXIII. TIT. III.
De jure dotium.

DISTINCTIO I.
Inter dotem *veram & putativam.*

VEræ & putativæ dotis appellationes a principali, cui accedit dos, matrimonio ſcilicet, deſumtæ ſunt. Quod ſi enim matrimonium verum eſt, dos quoque idem prædicatum meretur; ſin illud putativum, hæc quoque putativæ nomen habet. Per matrimonium putativum autem communiter illud intelligunt, quod quidem contra legum diſpoſitionem, ex ignorantia facti tamen celebratum eſt, v. g. ſi frater & ſoror in tenella ætate ab hoſtibus in diverſa loca abducantur, & poſtmodum vinculi conſanguinitatis ignari ſeſe conjungant. Hæc quoad explicationem ipſorum

rum terminorum. Quantum vero ad usum fori attinet, inter dotem veram & putativam exigua, vel potius nulla, intercedere videtur differentia. Quamdiu enim dos putativa manet, id est, quamdiu partes contrahentes in ignorantia sua persistunt, iisdem priuilegiis & juribus gaudet, quæ de dote vera unquam prædicari possunt. Quod si vero ignorantiam illam exuunt coniuges, tunc quidem omnia eius jura cessant, *l.* 3. *ff. h. t.* sed tunc quoque non amplius est dos putativa. Non melius videtur hæc res illustrari posse, quam per distinctionem alias inter verum dominium & b. f. possessorem usitatam. Nam tunc dicitur, bonam fidem tantundem præstare possidenti, quantum veritas præstat, *l.* 136. *ff. de R. J.* sed hoc statim cessat, quamdiu illa bona fides desinit. Eodem modo comparatum est, si partes bona fide, id est, per ignorantiam facti, matrimonium in gradu prohibito contrahunt.

DISTINCTIO II.
Inter dotem *constitutam* & *promissam*.

DOtem promissam non proprie dotem esse, adstruit Lauterb. *Comp. jur. h. t.* & in eam rem allegat *l.* 5. *in fin. ff. solut. matrim. l.* 13. §. 2. *ff. de fund. dot.* addita ratione, *quod dos per rei traditionem constituatur.* Sed si evolvuntur istæ leges, ne minimum quidem in illis deprehen-

 ditur,

ditur, quo Lauterbachii sententia stabiliri possit. Ipse quoque fatetur, in pactis & statutis dotem promissam etiam sub nomine dotis venire, & sic v. g. maritum in Saxonia æque lucrari dotem promissam, quam constitutam, &c. Si dicendum, quod res est, dos constituta & promissa non aliter differre videntur, quam quod supra *ad tit. de emt. vend.* de distinctione *inter emtionem perfectam & consummatam* diximus, scilicet, quod dos promissa jus personale saltem marito tribuat, & sic ille rem, penes tertium existentem, iure proprio vindicare nondum possit, quod tamen ipsi conceditur, si dos est constituta, id est, per traditionem dotis consummata.

DISTINCTIO III.

Inter dotem *profectitiam* & *adventitiam*.

PRofectitia vocatur, quæ a mulieris patre, ac alio in linea paterna adscendente constituta, sine distinctione, an constituens mulierem in sua potestate habeat, annon, *l.* 5. §. 11. *ff. h. t.* *Adventitia* autem est, quæ a matre mulieris, vel avo materno, aut a quovis alio data, v. Struv. *S. I. C. Ex.* 30. *th.* 4. & huc etiam pertinet, si pater, cum deberet filiæ (emancipatæ, e. g. ex contractu,) eius voluntate dedit, non enim ut parens dedit, *v. d. l.* 5. §. 11. *ff. h. t.* Interim usum in hac distinctione in praxi non deprehendo,

hendo, cum marito idem jus competat, & uxori etiam eadem ubique privilegia, sive dos profectitia fuerit, sive adventitia.

DISTINCTIO IV.
Inter bona *dotalia*, *paraphernalia* & *receptitia*.

HÆc distinctio, si unquam alia, maximum usum in praxi habet, qui partim *intuitu uxoris*, partim etiam *intuitu mariti* se exerit.

Uxor quoad *dotalia* non solum gaudet jure tacitæ hypothecæ, sed jure prælationis etiam, vi cujus omnibus creditoribus, expressam hypothecam eamque antiquiorem habentibus, in concursu super mariti bonis moto præponitur, *l. assiduis. C. Qui pot. in pign.* (in Saxonia hoc saltem in hypotheca priori tacita procedit, Brunnem. *de Proc. Conc. Credit. c.* 5. §. 27.) In *paraphernalibus* tacita saltem hypotheca gaudet a tempore commissionis & illationis æstimanda, Carpzov. *P.* I. *Const.* 28. *Def.* 87. *seqq.* (Jure Magdeburgico dotalia & paraphernalia iisdem gaudent privilegiis. Martini *ad Process. Saxon. tit.* 43. §. 2. *n.* 7.) Verum quoad *receptitia* plus juris uxori non competit, quam aliis creditoribus, unde si uxor ex pecunia sua receptitia certam quantitatem marito mutuo dedit, ad classem chirographariorum refertur, si de hypotheca sibi non prospexit, prout contra Richterum *de privil. Cred. c.* 3. *sect.* 1. *n.* 111.

 adstruit

adstruit Illustr. Stryk *in not. ad B. Brunneman. Proc. Conc. cred. cap. 5. §. 33. verb. obliget.*

Sed quid, si maritus administrationem bonorum receptitiorum de facto sibi arroget, atque hoc nomine deinde uxoris suæ debitor evadat, *quæritur, annon tunc quoque tacitam hypothecam in bonis mariti habeat?* Affirmat quæstionem Brunnem. *d. c. 5.* §. 33. ex ea causa, *quod nulla appareat ratio, cur non etiam receptitiorum bonorum administratio, si ea uxor non commiserit, obliget;* Verum ex illis, quæ ipse beatus vir *d. c.* 5. §. 52. habet, *ibi: videntur tamen, id sine textu facere,* & quæ nos supra ad distinctionem inter hypothecam tacitam & expressam diximus, quod nempe in hac materia ab identitate rationis & æquitatis argumentari non liceat; sententia contraria sine dubio majus pondus habebit, cui etiam adstipulari videtur Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 4.* ab ipso Brunnemanno allegatus.

Hæc, quæ adduximus, de eo casu intelligenda sunt, si res uxoris *jam sunt consumtæ;* quod si vero *eadem adhuc extant*, tunc uxor indistincte illas vindicat, sive sint dotales, sive paraphernales, sive receptitiæ, Brunnemann. *d. c.* 5. §. 6. & 31.

Observandum quoque est, quod in eo bona dotalia paraphernalibus prævaleant, quia dotalitium & donatio propter nuptias tanquam correlatum *bonorum dotalium* considerantur; at licet uxoris *paraphernalia* quam maxima

ma sint, propterea tamen commodo aliquo reciproco non gaudent.

Quantum *ad maritum* attinet, is *bona dotalia*, si constante matrimonio eorum possessio penes tertium deprehendatur, *vindicare* potest, tanquam dominus: at *paraphernalia* & *receptitia* non potest. Ceterum tamen, quoad perceptionem emolumentorum, inter bona dotalia & paraphernalia nihil omnino interest. Nam maritus ex dotalibus etiam *ordinaria* saltem emolumenta percipit, quippe quæ fructuum nomine proprie veniunt, non autem extraordinaria v. g. thesaurum, lapidicinam, &c. *v. l. 7. §. 12. 13. ff. solut. matrim.* unde mariti dominium in rebus dotalibus revera ab usufructu non differt, nisi *quoad facultatem vindicandi*, qua usufructuarius destituitur, quod ipsum in causa fuisse puto, quare DD. illud dominium ab omnibus aliis separaverint, & *civilis* nomine insigniverint.

Porro si uxor intuitu bonorum dotalium convenitur, maritus solus *proprio nomine* actionem suscipit, & absurdum adeo esset, si ille, quod nonnulli imperiti faciunt, curatorio nomine sese subscribere vellet. At in paraphernalibus & receptitiis non aliter, nisi *curatorio nomine* admittitur, sed tamen cum hac iterum differentia, quod in paraphernalibus ad mandatum, vel potius curatorium producendum non sit obstrictus, quia hic autoritatem suam immediate ex legis dispositione habet, quod

in receptitiis secus est, quamvis & hic propter præsumtionem, pro ipso militantem, cum cautione de rato admittatur, *l. 21. C. de Procur.*

Bona *dotalia immobilia* maritus ne quidem consentiente uxore alienare potest, *pr. J. quib. alien. lic. vel non*, at *paraphernalia* potest, mandante scilicet & consentiente uxore, non nomine proprio, quia non est dominus. Moribus Saxonicis etiam dotalia recte alienantur, accedente mulieris ejusque curatoris consensu, interveniente etiam causæ cognitione & decreto magistratus, Richter. *de success. sect. 4. membr. 2. n. 10. seqq.* Struv. *Exerc. 30. th. 22.* Extra Saxoniam in plerisque Germaniæ locis dotalia itidem hodie alienari posse, asserit ad Schilterum provocans Hoppius *in Comm. ad pr. J. quib. alien. licet in usu mod.* sed nescio, an huic asserto in dubio fides tuto adhiberi possit, cum dotium idem adhuc sit favor, qui olim erat. Illud interim expeditum esse dicunt, alienationem validam esse, si uxor in eam jurato consenserit, v. Struv. *d. Ex. 30. th. 21.* sed non adeo recte.

Restat, ut dispiciamus, *quid in dubio præsumendum sit, utrum scilicet bona uxoris pro dotalibus, paraphernalibus, an vero pro receptitiis haberi debeant?* Communis & in foro recepta regula est: *Bona marito allata in dubio haberi pro paraphernalibus, non dotalibus, neque etiam pro receptitiis.* Ergo, si maritus asserit, quædam ex illis esse dotalia; uxor contra, quædam esse receptitia, assertionis hujus probatio

& ma-

& marito & uxori incumbit pro diversitate casuum. Scrupulos, quos hic movet Dn. Beyer. *pos. ff. h. t. p. 544.* facile removeri posse puto. Autoritatem siquidem Hartmanni Pistoris, Antonii Fabri & Carpzovii *quoad ea, quæ tempore nuptiarum ab uxore adferuntur*: Schilteri etiam eorum intuitu, *quæ post matrimonium contractum uxori cedunt*, jam sequestrare possumus, salua alias eorum autoritate. Interim postquam ius Romanum in materia dotium semel receptum fuit, (utrum bene, an male, ad nos in præsenti non pertinet,) dotis constitutio autem peculiarem contractum requirit, qui nunquam præsumitur, sed in mero facto consistens ab allegante probari debet; hinc sine dubio etiam maritus dotem sibi constitutam esse afferens, hoc probare obstrictus erit, Wissenbach. *ad ff. h. t. th. 14.* Qualitas bonorum paraphernalium e coutrario ut probetur, necessitas non requirit. Eo ipso enim, dum uxor bona quædam marito adfert, & lex immediate sine aliqua conventione eidem administrationem concedit, maritus jam fundatam intentionem habet. Qualitas receptitiorum der Spille (non Spiele) Gelder/ (a voce Spill sive Spindel/) itidem ex peculiari conventione dependet, & sic probanda.

Ceterum quando jure Saxonico dicitur, maritum esse heredem mobiliarem uxoris, nulla est differentia, sive bona sint dotalia, sive paraphernalia, sive receptitia.

DI-

DISTINCTIO V.

Inter *donationem propter nuptias & dotalitium.*

NOn reperi quidem, quantitatem alterutrius ullibi in legibus determinatam, sed hoc potius beneplacito contrahentium relictum fuisse; interim tamen moribus communiter fere introductum est, *quod dotalitium donationem propter nuptias altero tanto superet.* Hinc donatio propter nuptias communiter *duplicatas* dotis usuras continet, sed in dotalitio tot reditus uxori adsignantur, quæ *quadruplicatas* dotis usuras exæquant, unde si uxor 4000. thal. infert, dotalitii loco ipsi tantæ usuræ adiudicantur, quæ alias ex sorte 16000. thal. percipiuntur, eine Frau die 4000. Rthl. einbringet/ wird auff 16000. verleibdinget/ & per consequens 20. pro 100. solvuntur. Hartm. Pistor. *p.* 1. *qu.* 4. *num.*1. Carpzov. *p.* 2. *c.* 42. *def.* 7. Henel. *de dotalit. c.* 6. §. 10. Illustr. Dn. Stryk. *caut. contr. sect.* 3. *c.* 18. §. 34. & *in tr. de success. ab intest. diss.* 4. *c.* 2. §. 14.

In *donatione propter nuptias* uxor sæpius proprietatem consequitur mortuo marito; sed in *dotalitio* usumfructum solummodo, unde de hoc disponere ipsi non est permissum, bene tamen de illa.

Donatio propter nuptias fit in remunerationem: *dotalitium* autem in compensationem

dotis,

dotis, unde hoc absorbet dotem, non autem illa.

Intuitu *donationis propter nuptias* uxor tacita gaudet hypotheca, *l. 12. §. 2. C. qui pot. in pign.* (ubi ratio diuersitatis inter dotem & donationem p. n. adducitur) ast *dotalitium*, quia dotem absorbet, & sic in locum dotis surrogatur, eodem gaudet privilegio, quod doti competit, v. Mev. *p. 1. decis.* 173.

Posses denique & hoc addere, quod *donatio p. n.* communiter ab hominibus civici ordinis, *dotalitium* autem a nobilibus & illustribus constituatur: verum hoc universale non est.

LIB. XXIIII. TIT. IV.
De pactis dotalibus.

DISTINCTIO I.
Inter pacta dotalia *per modum contractus (simplicia) & per modum ultimæ voluntatis* facta (*mixta*.)

P*Riora* non requirunt testes, nisi ad meliorem probationem, instar aliarum conventionum, in *posterioribus* autem quinque testes necessario præsentes esse debent, ita, ut iis deficientibus actus ipso iure nullus habeatur, *v. l. f. ff. de iur dot. l. f. C. de mort. caus. donat.*

Prio-

Priora sunt irrevocabilia, *posteriora* autem pro lubitu tam a marito, quam ab uxore mutari possunt. Unde caute agit maritus, cui uxor magnam bonorum suorum partem adsignat, si pacta dotalia per modum contractus celebrari curat, v. Kohl. *de Pact. dot. p.* 1. *n.* 1. *seqq.*

Ne tamen putes, statim esse pacta dotalia per modum ultimæ voluntatis confecta, ubi quinque testes præsentes fuerunt, sed respiciendum præterea quam maxime ad formalia, quibus paciscentes usi fuerunt. Quod si enim dixerint, v. g. **es soll der überlebende Ehegatte alle Güter behalten/ haben/ bekommen/ hinnehmen/** &c. tunc erunt pacta *simplicia*; quod si dixerint: **erben/** succediren/ sunt *mixta* pacta, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. contr. sect.* 3. *c.* 8. §. 21. Vocabula scilicet nonnulla naturam actuum inter vivos, nonnulla ultimarum voluntatum indolem magis exprimunt, quæ propterea sollicite seligenda.

Lib. XXIV. Tit. II.
De divortiis & repudiis.

DISTINCTIO I.

Inter *divortium* & *repudium*.

Quam-

Quamvis vocabulum *repudii* non absurde etiam in personam uxoris cadat juxta *l. 101. §. 1. ff. de V. S.* proprie tamen de eo casu accipitur, quando *futurum matrimonium* repudiatur: id est, quando desponsati a contractu sponsalitio iterum recedunt: *divortium* vero ad conjuges pertinet, exinde dictum, quia in diversas partes eunt conjuges, qui discedunt, *v. d. l. 101. §. 1. & l. 191. ff. de V. S.*

Usus in eo consistit, ne de terminis litigemus. *Repudium* ex diversis causis conceditur, quoties scilicet judex ex circumstantiis deprehendit, fundamentum matrimonii, amorem scilicet infucatum, non adesse in desponsatis, neque eundem omnibus suasionibus adhibitis iterum restaurari posse, quo pertinent inimicitiæ capitales, deformitas insignis superveniens, item si sponsa rescifcat, sponsum antea lue gallica infectum fuisse, vel adhuc infectum esse, &c. conf. Mevius *P. 6. Dec. 225. & 226.* Non ita vero, postquam consummatio matrimonii, ipsa unitas carnis, accessit. Tunc enim *divortium* non nisi ex duabus causis permittitur, propter adulterium scilicet atque malitiosam desertionem, v. *Matth. 5. v. 32. & c. 19. v. 9. 1. Corinth. 7. v. 11.* Scio quidem adhuc disceptare DD. utrum sub voce: *πορνεία*, qua utitur Christus, solum delictum concubitus illiciti intelligatur, & annon per illam vocem

etiam

etiam alia delicta majora indigitentur, quæ alias in s. scriptura sub voce fornicationis venire solent, v. Selden. *Uxor Hebraic. l.3. c. 28. & 31.* Wesenbec. *Parat. ff. h. t. num.* II. Scio etiam nonnullos ex nostratibus, & in specie Strauchium *instit. jur. publ. lib.* I. *tit.* 35. statuisse, quod adhuc hodie Principes plures, quam duas illas divortiorum causas permittere possint, neque eam sententiam infringere conabor; sed scio tamen, illud hactenus factum non esse, me autem in præsenti illud solum adferre debere, quod iam actu in praxi obtinet.

DISTINCTIO II.
Inter *divortium* & *declarationem nullitatis.*

D*ivortium* supponit, matrimonium *ab initio validum* fuisse, & illud ex causa *superveniente* solum rescindi, & hoc non obtinet, nisi in duobus casibus modo adlatis: Ast *in declaratione nullitatis* ne quidem ab initio validitas adfuit, sed vitium, consensum matrimonialem *statim* impediens, v. g. metus, dolus, (quo etiam errorem in virginitate refero,) impotentia, &c. Et quoad hanc declarationem matrimonium nihil peculiare præ reliquis contractibus habet, sed quæ his obstant, ea quoque illud annullare solent, v. Wesenb. *Parat. ff. h. t. in fin.*

Usus

Usus præcipue in hoc consistit: Si divortium adest, & quidem propter adulterium, maritus dotem lucratur: si nullum declaratur, v. g. propter errorem in virginitate, tunc nihil lucratur, v. Carpzov. *Jpr. Consist. l. 2. Def.* 199.

LIB. XXV. TIT. I.

De impensis in res dotales factis.

DISTINCTIO I.

Inter impensas *necessarias, utiles, voluptuarias* & *delicatas*.

IMpensæ *necessariæ* (ita dictæ, quod ad conservationem rei necessario requirantur, & quod sine iis res periisset, *v. l.* 1. *seqq. ff. de impens. in res dot. fact.*) cuilibet possessori restituuntur, sive in b. sive m. f. sit constitutus, *l.* 38. *ff. de hered. petit.* Ne quidem *prædonem* in *d. l.* excipit Paulus. Interim cum non pauca loca sint, quæ contrarium asserere videntur, ut §. 30. *J. de R. D. l.* 7. *§. pen. ff. de A. R. D.* Interpretes eo confugiunt, ut ea de jure stricto, citatam *l.* 38. autem de æquitate intelligant, moti verbis ipsius Pauli: *Prædo autem de se queri debeat, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum*, v. quæ fuse hic ad-

 ducit

ducit Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 38.* (confer jam *Doctrin. ff. tit. de hered. petit. §. VII.*) Distinctionem Costæ *de jur. & fact. ignor. distinct. 34. num. 22. utrum m. f. possessor in opus jam existens aliquid impenderit, an vero opus plane novum adgressus fuerit*, apud Brunnem. *Comm. ad d. l. 38. num.* 1. nulli fundamento superstructam esse censemus, mala enim fides utroque casu idem odium meretur sine dubio.

Hoc tamen addendum erit, quod b. f. possessor impensas hasce repetat, licet res meliorata deinve absque ejus culpa iterum perierit, e contrario autem m. f. possessori jus repetendi tunc demum competat, si melioratio adhuc revera existit, *d. l. 38. ff. de hered. petit.*

De impensis *utilibus* ita tene: Bonæ fidei possessor easdem repetit, cum distinctione tamen & juxta diversam *personarum* atque *causarum* considerationem in *l. 38. ff. de R. V.* indigitatam, Quod si enim domious *easdem impensas facturus fuisset*, ad restitutionem obligatur eousque, quo pretiosior factus est fundus. Quod si vero dominus *pauper sit*, qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulchris avitis carendum habeat, b. f. possessor meliorationes factas tollit, modo ita fieri queat, ne deterior sit fundus, quam si initio non fuisset ædificatum. Sed etsi tollere vult b. f. possessor, quod si tamen paratus est dominus tantum dare, quanrum habiturus est possessor, his rebus ablatis, hoc ipsi conceditur, &c. Singu-

lare

lare quid in dote occurrit, quod maritus scilicet ob impensas utiles non habeat ius retentionis, *l. un.* §. 5. *C. de R. U. A.* Sed actionem mandati, vel negotiorum gestorum. Malæ fidei possessor has meliorationes nunquam repetit, sed semper tollit, vid. Struv. *Ex.* 11. *th.* 33. supposito iterum, modo ita tollere possit, ne fiat deterior fundus, quam antea quidem fuit.

Voluptarias denique impensas tam b. quam m. f. possessor solummodo tollit, cum modo adlata tamen limitatione. Et hanc assertionem quoad m. f. possessorem ex ipsa *l.* 39. §. 1. *ff. de hered. petit.* stabiliri posse putamus, quam tamen alias nonnulli tanquam obstantem obiiciunt. Nobis hæc pro modo instituti nostri adduxisse sufficiat. Plura videri possunt apud Struv. *cit. Exerc.* 11. *th.* 34. *seqq.* & apud autores ab eodem allegatos.

Delicatæ impensæ vocantur, quæ ex parte sunt utiles, ex parte autem voluptuariæ. Quod si ergo utilitas prævaleat, idem prædicatum illis tribuendum erit, quod utilibus impensis tribuimus, *v. l.* 10. *ff. h. t.* sin vero voluptas prævalet, in voluptuariarum quoque classem referendæ erunt.

DISTINCTIO II.

Inter impensas *modicas* & *magnas*.

Magnæ vocantur, quæ *perpetuam*, *modicæ* autem, quæ *præsentaneam* solum rei conser-

vationem respiciunt, quod germani efferunt, was zum Dach und Fach gehöret.

Usus distinctionis tunc deprehenditur, *si quis utilitatem ex rebus alienis gratis percipit.* Ita *usufructuarius*, sarta tecta habere & modicam refectionem suscipere debet, ea autem, quæ vetustate plane corruerunt, reficere non cogitur, *l.* 7. §. 2. *ff. de usufr.* Ita *commodatarius* cibariorum, valetudinis aliasque modicas in rem commodatam factas a commodante non recuperat, *l.* 18. §. 2. *ff. commodati.* Sic, si *maritus* impensas in res dotales factas repetit, modicæ in ædificandis ædibus & in reponendis propagandisque vineis & in valetudine mancipiorum erogatæ non curantur, *l.* 12. *ff. h. t.* Idem in Saxonia quoad *ministros ecclesiæ* obtinet, qui ædes parochiales sartas tectas conservare tenentur, Carpz. *Jpr. Eccles. l.* 2. *def.* 352. Speciale quid est, quod pater, qui usumfructum peculii adventitii habet, non solum ad modicas, sed ad magnas etiam teneatur, Garsias *de Expens. c.* 11. *n.* 5. *seqq.*

Dixi autem, eum ad modicas impensas obstrictum esse, qui utilitatem ex rebus alienis *gratis* percipit. Aliud ergo, *si fructus quis titulo oneroso consequitur, v. g. conductor.* Hic enim omnes expensas, sive sint modicæ, sive magnæ, a locatore recipit, v. g. quod pro soleis ferreis, vel pro curatione equi dedit, Garsias *d. tr. c.* 14. *num.* 10. Caroc. *de Locat. p.* 4. *qu.* 40. Lauterbach. *ad tit. Locat. cond.* quo etiam illud

lud refero, quod pro pabulo expenditur, vid. Illustr. Stryk. *not. ad Lauterb. tit. Locat. verb. Curationem.* Quia enim locator percipiendo mercedem emolumentum ex re habet, hinc quoque incommoda ferat necessum est.

LIB. XXVI. TIT. I.

De tutelis.

DISTINCTIO I.

Inter tutelam *testamentariam*, *legitimam* & *dativam*.

Quod causa efficiente differant hæ tres species, illud exigui momenti est, & nec jure Romano usum practicum constituebat. At vero apud Romanos in eo usus sese exserebat, (1.) *quod tutores testamentarii & legitimi confirmatione judiciali non indigebant,* sed testamentarii, autoritate solius testamenti, legitimi autem vi agnationis tutelæ administrationem in se suscipiebant, *arg. pr. J. de Attil. Tut.* (2.) *quod a testamentariis nulla satisdatio exigebatur, pr. J. de satisdat. Tut.* sed ista quidem apud nos hodie cessant, postquam enim per *ordin. Polit. de A. 1577. tit.* 32. omnes satisdare tenentur, omnes quoque confirmatione judicis opus habent, cuiuscunque generis sint.

Hodie ergo nullum usum habet adlata distinctio, nisi, quod magistratus eum, quem pater in testamento nominavit, nec non hoc deficiente legitimum, ante omnes alios extraneos confirmare obstrictus sit. Nec non, quod nominatio tutoris in testamento adhuc sub conditione, vel in diem & sic confirmatio magistratus eodem modo fieri possit, quod secus est, si magistratus ex proprio arbitrio tutelam alicui demandat, §. 8. *J. qui test. tut. dar. poss. l. 6.* §. 1. *ff. de tutel.* & de tutoribus a magistratu ita constitutis intelligenda est *l. 77. ff. de R. J.*

DISTINCTIO II.

Inter tutelam testamentariam *simplicem & confirmatam*.

Tutela *simplex* dicebatur, quam pater in tuitu liberorum *in potestate patria existentium* constituerat, §. 3. *J. de tutel.* & quidem in testamento perfecto, aut codicillis testamento confirmetis: *Confirmata* autem, quando vel in testatore patria potestas deficiebat, v. g. si pater filio emancipato, vel mater liberis tutorem dederat: vel, si testamentum non erat solenne, v. g. codicilli per testamrntum non confirmati, v. Struv. *S. I. C. Exerc.* 31. *th.* 17.

Usus in foro Romano erat, quod prior confirmatione magistratus haud indigebat, bene tamen posterior, *l.* 1. *pr.* & §. 1. *in f. ff.*

de confirm. Tut. vel Cur. l. 7. §. 1. *eod.* Struv. *loc cit.* Verum enim vero cum ad *dist. prac.* jam monuerimus, hodie omnes tutores confirmandos esse; exinde patet, adlatæ distinctionis nullum apud nos hodie in praxi usum superesse.

DISTINCTIO III.

Inter tutorem *administrantem*, *honorarium* & *notitiæ causa datum.*

ILle, qui *administrationis gratia* constituitur, simpliciter tutor vocari consuevit, & ergo voce *tutoris* absolute posita, in dubio intelligitur.

Honorarius tutor est inspector reliquorum, seu, ut *in l.* 3. §. 2. *ff. de admin. Tut.* dicitur, observator actuum tutoris administrantis & custos.

Tutori *notitia causa* dato nihil amplius incumbit, quam ut reliquos tutores de administratione prudenter suscipienda informet, *l.* 14. §. 6. *ff. de solut. add. eand.* §. 1.

Usus distinctindictionis in eo consistit: si pupillus a tutoribus læsus sit, *primo* quidem conveniuntur tutores administrantes: quod si tamen hi eorumque heredes & fidejussores non sint solvendo, honorarii *deinde* ad reparandum damnum tenentur, imputatur enim iisdem, cur, si male tutorem administrantem conversari videbant, suspectum eum non fe-

 cerunt,

cerunt, prout loquitur Ulpianus in *l. 3. §. 2. ff. de administr. Tut.* & ibi omnino Brunnem. *in Commentar.* Ast ille, qui notitiæ causa datus, conveniri nequit, nisi forsan in consilio dando dolum malum adhibuerit, quod ex principiis de obligatione consilii facile deducitur.

Porro *tutor administrans* indistincte autoritatem suam in negotiis pupillorum interponere valet; circa *honorarium* autem distinguendum est. Aut agitur principaliter *de patrimonio pupilli diminuendo & re pupilli in alium transferenda*, v. g. si res pupilli venditur, permutatur, &c. & tunc tutoris honorarii autoritas non sufficit, de quo casu loquitur *l. 4. ff. de autor. & cons. Tut.* Vel e converso *principaliter de acquirendo agitur, & per consequentiam solum de pupillo obligando*, v. g. si pupillus hereditatem adit, & tunc etiam tutor honorarius autoritatem suam valide interponit, quo pertinet *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered.* Hæc conciliatio *alleg. LL.* Brunnemanni *ad d. l.* 49. præferenda esse videtur illi, quam habet Gothofred. *ad cit. l.* 4. *ff. de autor. & consens.* vid. Hilliger *ad Donell. l. 7. c. 9. lit. C.* Wissenbach. *ad ff. Disp. 51. th.* 12.

Eandem distinctionem intuitu tutoris, *notitiæ causa dati*, adhibendam esse puto, ob verba generalia *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered. Pupillum etiam eo tutore autore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari.* In qua sententia eo magis confirmor, dum in *l.* 14. §. 6.

§. 6. *ff. de solut.* dicitur, *liberationem etiam contingere, quamvis quis tutori notitiæ causa dato solverit, modo ei solvi prohibitum non fuerit.*

DISTINCTIO IV.
Inter *infantes* & *impuberes* in specie dictos.

INfantes, (qui tales dicuntur usque ad completionem anni septimi, *l. 18. pr. C. de jure deliber.* tam masculi, quam fœminæ) nihil omnino contribuunt in negotiis civilibus, unde etiam tutor, durante infantia, *non autoritatem interponit*, sed *solus* nomine pupilli *administrat*; post infantiam autem demum autoritatem interponere dicitur, quamvis & tunc solus administrare possit, si velit, v. Lauterbach. *ad tit. de administr. Tut.*

Hæc theoretica saltem sunt, cum unus idemque sit effectus eademque obligatio, sive administraverit tutor, sive autoritatem interposuerit. Interim hoc quoad usum practicum notari meretur, quod infantes nunquam puniri possint propter admissa delicta, v. quos maximo cumulo allegat Carpz. *Pr. Crim. qu.* 143. *n.* 10. nisi, quod si judex aliqualem malitiam & doli capacitatem in iis deprehendat, virgis castigari queant ab hominibus, nulla macula laborantibus, quo pertinet responsum Scabinorum Lipsiensium apud d. Carpzov. *l. c. num.* 20. ibi: So wird C. S. solcher seiner

Verbrechung wegen mit Ruthen ziemlicher massen gezüchtiget/und wann solches geschehen/ mag ferner wieder ihn nichts fürgenommen werden; at vero illi, qui infantiam jam egressi sunt, interdum pœnæ omnino subjici possunt, prout ad *seq. Dist.* mox dicetur. Posses hoc quoque addere, quod *infans* ne quidem in mere favorabilibus] promissionem acceptare queat, Illustr. Stryk. *Caut Contr. sect.* 1. *c.* 2. §. 6. quod tamen possunt impuberes.

Sic quoque stuprum *infanti* illatum pro violento reputatur, & capitaliter punitur, licet ille consenserit, Carpzov. *Pr. Crim. qu.* 69. *n.* 41. secus in *impubere.*

DISTINCTIO V.

Inter *infantiæ proximos* & *pubertati proximos.*

HAs ætates ita discernendas esse existimant nonnulli ut *pubertati proximi* dicantur, qui decimum annum & dimidium impleverunt, *gloss. in* §. *sed quod diximus,* 10. *verb. Infantia. J. de inutil. stipul.* Bartol. *in l.* 1. *n.* 6. *ff. de novat.* Alii, si intra annum & semestre pubertatem assequuntur, Cujac. *l.* 17. *Obs.* 4. *in f.* Aut, si ad puberem ætatem sex menses tantummodo desunt, Bald. *ad l.* 14. *ff. ad Sc. lan.* Veriorem tamen eorum sententiam esse existimat Carpzov. *l. cit num.* 33. qui judicis arbitrio committunt, qua ætate proprie dicatur pubertati pro-

proximus, ut ſcilicet judex inſpecta impuberis diſcretione aliisque circumſtantiis probe perpenſis hac de re judicium ferat, quamvis ſubiungat, interpretes communiter utrumque, pluralitatem ſcilicet annorum & malitiam, conjunctim requirere, quam quoque ſententiam nos præferendam eſſe ducimus, ex illo fundamento, quod *utplurimum* malitia tunc demum adeſſe ſoleat, ſi pluralitas annorum adeſt. Ergo dividendos eſſe cenſemus eos ſeptem annos, ab octavo ſcilicet usque ad decimum quartum ut una dimidia ad proximitatem infantiæ, altera autem ad pubertatis proximitatem referatur.

Uſus in eo conſiſtit: *Infantia proximi* non aliter conſiderantur, quam ipſi infantes, de quibus ad *diſt. præc.* diximus, & ſic per conſequens non puniuntur. Aliud in *pubertati proximis*. Hi enim, ſi malitia ætatem ſupplet, pœna omnino affici poſſunt, & ſi delictum valde eſt atrox, & maxima in delinquente impubere deprehenditur malitia, pœnæ quoque ordinariæ locus erit, v. Carpz. *d. qu.* 143. *num.* 35. *ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter *impuberes & minorennes.*

Vocabulum *minorennium* dupliciter ſumitur, (1.) *late* ut etiam impuberes ſub ſe comprehendat; prout accipitur in *tit. ff. de minor.* 25. *ann.*

25. *ann.* (2.) *stricte*, ut impuberibus opponatur, & hic posterior significatus in præsenti ad nos pertinet.

Longe diversa autem est ratio *impuberum* & *minorennium* quoad effectum iuris.

Impuberes inviti etiam tutores recipere tenentur, ob maximam iudicii imbecillitatem, non autem *minores* de jure Romano regulariter, nisi ad litem, §. 2. *J. de Curat.* quamvis hodie aliud per *Reform. Polit. de A.* 1577. *tit.* 32.

Impuberes, absque tutorum autoritate promittentes, plane non obligantur, & sic restitutione in integrum non indigent, sed ipso jure tuti sunt: aliud in *minoribus*, *v. l.* 101. *ff. de V. O.* quæ tamen ex *l.* 3. *C. de in integr. rest. min.* 25. *ann.* ad eum casum restringenda videtur, *si minor curatorem non habet.*

Impuberes testamentum condere non possunt, §. 1. *J. quib. non est permiss. fac. test.* bene tamen *minores*. *l.* 4. *C. eod.*

Impuberes regulariter doli non sunt capaces, & propterea etiam non puniuntur, prout ad *dist. præced.* monitum fuit; aliud in *minorennibus*, quippe qui regulariter a dolo & pœna non excusantur, v. *Constit. Crimin. art.* 164. Carpzov. *qu.* 147. *n.* 59. *seqq.* Struv. *S. I. C. Exerc.* 48. *th.* 11.

Impuberes, sponsalia contrahentes, firmiter non obligantur, sed adepta pubertate ab iisdem licite iterum recedere possunt, etiamsi alter pubertatem nondum sit assecutus, *c.* 8.

X. de

X. de despons. impub. Guttierez. *de matrim. c. 29. num. 2.* Brunnemann. *de jur. eccles. l. 2. c. 16. §. 11.* Aliud in *minoribus*, qui etiam absque curatorum & agnatorum consensu valide se despondent. Carpzov. *Jurispr. Consist. lib. 2. def. 46.* Struv. *Ex. 29. th. 23.*

Minores ad iuramenta admittuntur, & præstito iuramento super contractu aliquo beneficio restitutionis non gaudent, per *Auth. Sacramenta puberum. C. si advers. vendit.* Aliud in *impuberibus. v. l. 34. §. 2. ff. de jurejur.*

Impubes judicis personam neutiquam sustinere potest, bene tamen interdum *minorennis*, si principi hoc ita placuerit. Ubi notandum est, leges Romanas, quæ de ætate judicis *pedanei* loquuntur, admodum impertinenter allegari in compendiis nostris ad determinandam hodiernorum judicum, a principe constitutorum, legitimam ætatem. Partes enim, quæ tunc eligebant tales judices, ad numerum annorum in legibus præscriptum adstricti utique erant; sed princeps summus non item, conf. hic *doctr. ff. tit. de judic. §. IX.*

LIB.

LIB. XXVI. TIT. II. & III.
De testamentaria tutela,
&
De confirmando tutore vel curatore.

SUb hisce titulis occurrit distinctio inter *tutelam testamentariam simplicem & confirmatam*, de qua nos jam *ad tit. praec. dist. II.* nostram mentem aperuimus.

Altera quoque distinctio inter confirmationem *cum inquisitione* & *cum satisdatione* hodie applicari amplius non potest. Profluebat nempe illa ex diversitate magistratuum apud Romanos, dum magistratus superior cum inquisitione, inferior autem cum satisdatione tutores confirmabat, *v. l. 2. & l. 5. ff. de confirm. Tut. vel Curat.* Sed quis ignorat, argumentum a magistratibus Romanis ad nostros hodiernos plane non procedere. Imo potius *Ord. Polit. de A.* 1577. *tit.* 32. von den Pupillen und Minderjährigen/ ab omnibus tutoribus satisdationem exigit, sine distinctione inter confirmationem a superiore, vel inferiore magistratu factam.

Idem iudicio esto de distinctione, utrum tntor *cum* vel *sine inquisitione* confirmatus fuerit. Confirmabatur scilicet sine inquisitione, quoties pater eum dederat, si autem alius ali-

quis,

quis, cum inquisitione, *v. l.* 1. §. 2. *ff. de confirm. Tutor.* Hodie confirmatio non valet, sive cum, sive sine inquisitione facta fuerit, sed adhuc majus aliquid, satisdatio scilicet, requiritur.

LIB. XXVI. TIT. IV.
De legitimis tutoribus.

DISTINCTIO I.

Inter tutelam legitimam *ordinariam* (sive *regularem*) & *extraordinariam* (sive *irregularem*.)

ORdinaria sive *regularis* vocatur, quæ defertur a lege proximis pupilli cognatis, juxta successionis ordinem. Quicunque enim spem proximam & certam habet emolumentum consequendi ex hereditate pupilli, si is intra pubertatem decesserit, ille quoque onus tutelæ in se suscipere adstringitur. Unde simul patet, cur non detur cura legitima, quia scilicet cognati, postquam pupillus pubertatem adeptus est, & sic facultate gestandi gaudet, spem *certam* succedendi non amplius habent, exceptis furiosorum & prodigorum cognatis, nec non in caussis feudalibus.

Extraordinaria sive *irregularis* est, quæ matri,

tri, vel aviæ defertur ex *Nov.* 118. *c.* 5. ubi nonnullæ quæstiones moveri solent, *an & quibus præferatur mater vel avia?* Ad distinctum conceptum formandum sequentes casus separandi erunt. *Aut mater cum avia concurrit*, & tunc res dubio caret, matrem præferendam esse, quia mater in successione proxima est. *Aut mater concurrit cum avo, sive paterno, sive materno*, & tunc, quamvis Struvius & Carpzovius dissentiant, idem tamen ex eadem ratione asserendum esse putamus propter verba *Novellæ* 118. *c.* 5. *secundum hereditatis ordinem*, *v. Compend. nostr. Novell. cit. nov.* Carpzovius *P.* 2. *c.* 11. *def.* 13. excipit quidem, eo casu, ubi mater cum avo paterno concurrit, nulla plane tutela opus esse, quia nepos est in potestate illius avi: sed cum hoc hodie rarius fiat, ratio etiam Carpzovii parum stringere videtur. Porro: *aut avia concurrit cum avo*, & tunc puto, avum aviæ præferri debere ob præstantiam sexus, quam toties respicere videntur leges, quoties personæ concurrentes ratione successionis eodem jure gaudent. *Aut* denique *avia paterna cum avia materna concurrit*, & tunc utraque admittenda erit, quia & ratione iuris succedendi & ratione sexus sunt æquales.

Quoad usum distinctionis hæc breviter nota: In tutela legitima *ordinaria* cognati *inviti* etiam coguntur, nisi excusatione aliqua, in legibus adprobata, instructi sint; ast in *extraordinaria* matris & aviæ *arbitrio reliquerunt leges*,

ges, an in se recipere velint onus tutelæ, annon, vid. Carpzov. *d. P. 2. C. 11. Def. 11. num.* 13. 14.

Deinde hoc etiam speciale quid est, quod mater & avia ad tutelam *extraordinariam* admittantur, quamvis sint pupillorum debitrices, aut creditrices, *Nov.* 94. *c.* 2. quod secus in *ordinaria*, propter *Nov.* 72.

Mater, vel avia, si post susceptam tutelam matrimonium init, tutelam deponere tenetur, per *Nov.* 94. *c.* 2. aliud si cognatus aliquis uxorem superinducit.

LIB. XXVI. TIT. VII.

De administratione & periculo tutorum & curatorum, qui gesserint, vel non, & de agentibus, vel conveniendis, uno vel pluribus.

DISTINCTIO. I.

Inter *administrationem* & *autoritatem* tutorum.

DE hac distinctione jam supra diximus ad *tit. de tutelis Dist. IV.* Hoc saltem in præsenti addimus, quod quando quis cum tutore *administraante* contrahit,

verba ita concipi debeant: Es verkaufft der Vormund Titius im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen / & in judicialibus: Es erscheinet Tutor im Nahmen seines Pfleg-Befohlenen: Si autem cum tutore *autoritatem interponente*, in hunc modum: Es verkaufft Mevius mit Beystand und Vollwort seines Vormundes Titii, & in judicialibus: Es erscheinet Kläger in assistentz seines Vormundes / vel: Es erscheinet Tutor in Vormundschafft des Mevii. Exinde enim tunc apparet, an pupillus aliquo modo concurrat in contractu, utrum vero tutor omnia solus expediat, vid. Illustr. Dn. Stryk. *de Caut. contr. sect.* 1. *Cap.* 2. §. 3.

DISTINCTIO II.

Inter divisionem administrationis *a testatore, judice & ipsis tutoribus* factam.

USus in decidenda quæstione conspicitur: *utrum ex contutoribus alter propter alterius malam administrationem pupillo ad interesse obligetur?* Hic nempe respondetur: Si divisio tutelæ facta *a testatore*, tunc alter pro altero plane non obligatur, nisi forsan viderit, alterum in rebus pupilli male versari, & tamen eundem justo tempore non postulaverit suspectum, *l.* 2. *C. de dividend. tutel.* Eadem est decisio in *d. l.* si divisio *a judice* facta fuit.

Sed

Sed si *ipsi tutores* inter se dividunt tutelam, hæc diuisio pupillo non præiudicat. Potest enim adolescens unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat, *d. l.* 2. Concedunt tamen DD. communiter beneficium excussionis, sive ordinis, quod intelligo, nisi ceteri quoque negligentiam & culpam in omissione postulationis suspecti tutoris admiserint, & tutor gerens pupillum similiter per culpam solum læserit, tunc enim in pari gradu obligationis constituti essent.

Lib. XXVI. Tit, VIII.

De autoritate & consensu tutorum & curatorum.

DISTINCTIO I.

Inter *autoritatem & consensum.*

DIfferentia apud Romanos in eo consistebat, quod *autoritas* (quam tutores præstant) statim *ab initio* contractus, sive in continenti, id est, antequam ad alia negotia digrediuntur partes contrahentes, interponi debebat, post tempus enim, vel per epistolam, aut per nuntium interposita autoritas nihil agebat, prout habet §. 2. *J. de autor.*

 tut.

Tut. Consensus autem (qui a curatore requiritur) etiam *ex intervallo* accedere poterat. Rationem diversitatis suppeditant, quia autoritas tutoris *ad integrandam personam pupilli*, consensus curatoris autem *ad supplendam disponendi facultatem* requiritur. Seu clarius, quia in impubere admodum imbecille est judicium, ut parum, vel nihil, ad perficiendum negotium contribuere queat, minorennis vero majori judicio discretivo jamdum gaudet. Hæc ita apud Romanos. Verum enim vero postquam DD. nostri communiter asserunt, quod hodie autoritas ex intervallo etiam a tutore interponi possit, modo exactam notitiam eorum habeat, quæ a pupillo peracta fuerunt. vid. Struv. *S. I. C. Exerc.* 31. *th.* 42. *inf.* & quem allegat Perez. *ad tit. C. de autor. & consens. tut. num.* 9. Hoppius *Exam. J. de autor. Tut. qu.* 12. Brunnem. *Exercit. J. d. tit.* hinc adducta differentia hodie apud nos exiguæ, vel nullius potius utilitatis erit.

LIB.

LIB. XXVII. TIT. I.

De excusationibus.

DISTINCTIO I.

Inter excusationem *necessariam* & *voluntariam*.

N*Ecessariam* vocant, quando quis ne volens quidem admittitur ad tutelam, vel quod pupillo exinde damnum immineat, v. g. si minorennis, inimicus, prodigus &c. tutor esse vellet, vel ipsi etiam reipublicæ, v. g. si miles tutelam adfectaret, & hæc proinde melius *prohibitio*, quam *excusatio* dici meretur.

Voluntaria e contrario dicitur, quando quis, si vellet, omnino ad tutelam admitteretur, & hæc proprie est excusatio.

Necessaria non solum a suscipienda, sed a suscepta etiam tutela excusat; sed *voluntaria* a suscipienda saltem. Eo ipso enim dum aliquis excusationem propter privatum suum favorem, sibi competentem, allegare scienter omisit, juri suo renunciasse censetur, ad renunciata autem regressus non datur.

LIB. XXVII. TIT. III.

De tutelæ & rationibus distrahendis & utili curationis causa actione.

DISTINCTIO I.

Inter actionem *tutelæ* (seu *de rationibus reddendis*) & *de rationibus distrahendis*.

PRior oritur ex quasi contractu, *posterior* ex delicto. *Illa* datur ad damni illati reparationem & sic ad simplum saltem; *hac* autem ad duplum, quod rei persecutionem continet, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Hæc differentia hodie sine dubio cessat, cum actiones pœnales ad duplum, triplum, quadruplum, in foris Germaniæ non fuerint receptæ. Manet tamen alia, quod scilicet *prior* etiam contra heredes competat, *posterior* non item *l.* 1. §. 23. *ff. eod.* quamvis, cum per actionem tutelæ aduersus heredes institutam *ratione persecutionis rei* idem obtineamus, quod per actionem de rationibus distrahendis, & præterea utraque actio hoc respectu elective concurrat, vid. Lauterbach. *h. t. circ. f.* hæc quoque observatio parum utilitatis habere videa-

deatur, præcipue cum nomen actionis in libellis nostris exprimere non teneamur.

LIB. XXVII. TIT. V & VI.

De eo, qui pro tutore, prove curatore negotia gessit, nec non quod falso tutore autore gestum esse dicatur.

Veri *tutoris* descriptio omnibus nota est, dicitur scilicet talis, qui *prævia magistratus confirmatione* (nam ea hodie indistincte requiritur, ut supra vidimus) administrationem tutelæ in se recepit. *Protutor* e contrario dicitur, qui tutelam tanquam tutor administrat bona fide, v. g. si quis erronee crederet, se esse proximum agnatum pupilli, vel etiam qui sciens, se tutorem non esse, tamen absque maligno animo res pupillares administrat, *l.* 1. §. 1. *ff. de eo, qui pro tutor.*

Tutoris & protutoris hactenus eadem est ratio, quod uterque res pupilli instar boni patrisfamilias administrare, & damna illata resarcire teneatur, *l.* 4. *ff. d. t.* In eo tamen adhuc est differentia, quod tutor statim a tempore *suscipiendæ*, protutor autem a tem-

pore *suscepta* tutelæ demum obligetur: tutor pro lubitu *tutelam deponere* non potest, bene tamen protutor, si modo necessarios pupilli certiores facit, ut ipsi tutorem petant; tutor de omnibus negotiis tenetur, *sive sint connexa, sive non*: protutor saltem de connexis, nisi alius reliqua etiam gesturus fuisset, *l. 1. §. 9. ff. h. t.*

De jure Romano usus in eo quoque conspiciebatur, quod cum protutore etiam ante pubertatem agi poterat, non autem cum tutore, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Verum postquam tutores hodie propter *Ordin. Polit. de An. 1577. tit. 32.* singulis annis rationes reddere tenentur, & sic quoque singulis annis ante pubertatem cum ipsis agi potest, differentia illa sine dubio corruit.

Protutores hodie adhuc dari certum est. Quamvis enim leges publicæ velint, ne quis tutelæ munus, nisi ex decreto magistratus suscipiat, quod objicit Dn. Beyer. *Pos. ff. h. t.* Leges tamen eædem non prohibent, quo minus quis b. f. ad tempus aliquod, præcipue si tutor nondum constitutus est, commodum pupillorum gerendo protutelam promoveat.

Falsus tutor a protutore ex diversa intentione distinguitur. *Protutor*, prout hactenus

tenus dictum, fovet intentionem, omnia ex bono & æquo expediendi; at *falsus tutor* eo animo ad negotia pupilli accedit, ut vel pupillum ipsum, vel alios, qui cum pupillo ejus autoritatem secuti contraxerunt, decipiat, *v. l.* 11. §. 2. & *l.* 12. *ff. quod fals. tutor.* Ergo ex facto *protutoris* heredes etiam conveniri possunt, non autem ex facto *falsi tutoris*, quia ille ex conventione, hic autem ex delicto obligatur, *v. l.* 9. §. 1. *ff. quod fals. tutor. autor:*

Lib. XXVII. Tit. VII.

De fideiussoribus & nominatoribus & heredibus tutorum & curatorum.

DISTINCTIO I.

Inter fidejussores *tutorum* & *aliorum contrahentium*.

OMnino cavendum est, ne quis ea, quæ de fidejussoribus in genere disponuntur, ad illos, qui pro tutoribus prove curatoribus fidem suam interponunt, vel interposuisse censentur, promiscue applicet. Scilicet fidejussio in dubio nunquam

quam præsumitur, quia est obligatio alterius favorem respiciens, & proinde, licet quis dicat, quod me fidejussorem suum constituere velit, & ego taceam, taciturnitas tamen mea mihi neutiquam præjudicat, quia tacui salvo jure meo. Brocardicum enim: *qui tacet, consentire videtur*, non est universale, ut Deo volente aliquando ex fontibus legum civilium ostendetur. Enim vero in materia tutelæ ita disponit *l.* 4. §. *f. ff. h. t.* fidejussores, inquit, a tutoribus nominati, si præsentes fuerunt, & non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt: æquum est, perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset.

Fidejussores alias beneficio divisionis gaudent, prout notum est; sed fidejussores tutorum, si pupillus eos convenit, hoc beneficio destituuntur, *l. f. ff. rem pupill. vel adolescent. salv. for.*

Fidejussoribus alias exceptio ordinis, sive excussionis competit, si creditor eos primo loco, non excusso ante debitore principali, convenire velit; ast fidejussoribus tutorum hæc quoque exceptio denegatur in *l.* 1. *C. h. t.* Video quidem, D D. asserere, quod hodie etiam hisce illud beneficium non sit denegandum ob *Nov.* 4. *c.* 1. sed audirem libenter, quid responsuri essent, si iisdem opponе-

poneretur principium ab omnibus adprobatum: *Jura singularia non tolli per leges subsequentes generales.* Quod enim *d. Nov.* 4. de fideiussoribus tutorum in specie mentionem non iniiciat, sed generaliter saltem de fideiussoribus loquatur, verba eiusdem ita clare innuunt, ut probatione aliqua non indigeant.

LIB. XXVII. TIT. X.

De curatoribus & cura.

DISTINCTIO I.

Inter *tutores & curatores.*

Quamuis vocabulo germanico **der Vormünder** & tutores & curatores denotentur, ac praeterea, qui tutor fuit durante pupillari aetate, plerumque etiam curam gerere soleat in adolescentia, vel minorennitate; item, quamvis minorennis non minus consensum curatoris, quam pupillus autoritatem tutoris in administrandis rebus suis adhibere debeat, adeo, ut altero deficiente negotium sit nullum, & sic videri posset, tutores & curatores non nisi inani vocabulorum sono differre: nihilomi-

hilominus tamen his omnibus non obſtantibus adhuc oſtendi poteſt, præſentem diſtinctionem noſtram utilitate ſua non eſſe deſtitutam.

Scilicet quando dicunt, tutorem principaliter dari perſonæ, minus principaliter bonis: e contrario autem curatorem primario circa bona minoris & ſecundario ſaltem circa perſonam minoris verſari, tunc exinde quæſtio practica deciſionem capit: *quis judex in conſtituendo tutore, vel curatore, pro competente reputetur?* A potiori faciendam eſſe denominationem, & dignius ad ſe trahere minus dignum, regula eſt ab omnibus DD. probata. Ergo ſi contingat, ut alius ſit judex intuitu domicilii pupilli, alius intuitu bonorum ipſius, judex domicilii, ſub quo perſona pupilli deprehenditur, ſine dubio potius ius in conſtituendo tutore habebit, vid. Alexand. *l.* 5. *Conſ.* 44. *num.* 17. & ex multis aliis præcipue Paulus Montanus *in tr. de jure tutelarum cap.* 44. *num.*22. *& cap.*20. *in f.* quæ datio ad bona etiam ſub alio judice ſita ſe extendit. Exceptio eſt, niſi bona in alio plane territorio ſita ſint, quo caſu judex illius territorii providere debet pupillo, Montan. *cap.* 4. *num.* 24. vid. hic *doctr. ff. tit. de tut. & Curat. dat. ab his* §. 11. Obſervat autem Guttieretz apud Brunnemann. *in Comm. ad l. un. C. ubi petant. tut.* Judicem non de-

debere exprimere, quod tutorem etiam ratione bonorum alibi sitorum dare velit, tunc enim dationem fore irritam, sed illam ratione dictorum bonorum per consequentiam fieri & sic tacite. Hæc de constitutione tutorum. De constitutione curatorum dicitur in §. 1. *I. de Curat.* quod ab eodem judice constituantur, a quo tutores; sed quoniam alias judex domicilii cum iudice rei sitæ concurrentem iurisdictionem habet, inde & hoc casu idem obtinere puto, si maxima bonorum pars alibi sita.

Tutores apud Romanos statim ab initio intervenire debebant, in negotiis pupillorum; *curatoribus* hoc etiam ex postfacto licebat. Verum hoc hodie cessat, prout diximus *ad tit. de autor. & consens. tut. vel curat.*

Tutores olim in testamento quidem constituebantur, non autem *curatores*; sed hoc iterum cessat, quia hodie post *sæpe cit. Ordin. Polit. de A.* 1577. minorum arbitrio non amplius relictum est, an curatores accipere velint, annon, sed hoc facere inviti etiam compelluntur.

Hoc tamen adhuc hodie mansit, quod proximi cognati ad *tutelam* quidem compellantur, quia certam succedendi spem habent,

bent, non autem ad *curam*, quia post adeptam a pupillis pubertatem illa spes deficit, exceptis curatoribus prodigorum & furiosorum, & in feudalibus, v. quæ diximus ad *tit. de legitim. tut. dist. I.*

In reliquis plerisque puto, nulla inter tutores & curatores erit differentia.

DISTINCTIO II.

Inter impedimentum *animi* & *corporis*, ob quod curator constituitur.

VIderi poterat ab initio, parum interesse, utrum propter impedimentum animi, an vero corporis constituatur curator, cum utrobique idem sit ejusdem officium eademque ubivis obligatio. Et sane *intuitu ipsius etiam curatoris* nihil revera intererit. Ast interest tamen *intuitu ipsius, cui curator constituitur*. Quæritur scilicet, *an aliquis invitus curatorem accipere teneatur?* Hic, quia in administratione negotiorum civilium utrumque requiritur, animus sc. & corpus, animus autem instar directoris est, cujus jussum & placita exequitur corpus, exinde statim consequitur, quod *quotiescunque adest defectus animi, v. g. in furiosis, mente captis,*